DAS VERBRECHEN DER ABTREIBUNG.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

GEORG FRICKE
REFERENDAR IN BRAUNSCHWEIG.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1909.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Geschichtliches 1
A. Die Abtreibung bei den Kulturvölkern des Altertums 1
a) Bei den Griechen und Juden 1
b) Die Abtreibung bei den Römern 2
B. Der Standpunkt des kanonischen Rechts 6
C. Die Abtreibung bei den germanischen Völkern 11
D. Die Abtreibung in den Bestimmungen der Carolina und des ehemaligen gemeinen Rechts 15
E. Die Abtreibung im deutschen Partikularrecht 16
II. Die Abtreibung im geltenden deutschen Recht 22
1. Vorbemerkung 22
2. Das Objekt des Verbrechens 23
3. Die Subjekte des Verbrechens 25
a) Allgemeines 25
b) Die Art der Beteiligung der Verbrechenssubjekte an den Delikten der §§ 218—220 26
4. Vorsatz und Fahrlässigkeit; das Moment der Rechtswidrigkeit 31
a) Vorsatz und Fahrlässigkeit 31
b) Das Moment der Rechtswidrigkeit 33
5. Die objektive Seite des Verbrechens 38
a) Die äußere Handlung 38
b) Der Erfolg 39
c) Der Versuch der Abtreibung 45
d) Das Moment der Einwilligung der Schwangern 50
e) Die Entgeltlichkeit der Handlung 52
6. Das Verhältnis der Abtreibung zu den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten. — Die Möglichkeit des Betruges oder Betrugsversuchs Dritter im Falle des § 219 StGB. 53

Literaturverzeichnis.

Binding, Normen Bd. 1 (Bd. 2) = Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 1. Aufl. Leipzig 1877.

Binding, Lehrb. = Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Berner = Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl.

Birkmeyer, Darstellung des Strafrechts, in seiner Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 2. Aufl. 1904.

Brunner = Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 2. Leipzig 1892.

v. Fabrice = v. Fabrice, Die Lehre von der Kindesabtreibung und vom Kindesmord. 2. Aufl. 1904.

Finkelnburg über Perforation. In Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 3. 1881.

Frank = Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. Tübingen 1908.

Gengler, Germanische Rechtsdenkmäler. 1875.

Goltdammer, Mat. = Goltdammers Materialien Bd. 2 zum preußischen Strafgesetzbuche.

Hälschner, Strafrecht = Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. 1. Abt. 1884.

Hälschner, GS. Bd. 32 = Hälschner, Zur Auslegung der §§ 218 u. 219 des deutschen Strafgesetzbuchs. Im Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht Bd. 32.

Heffter = Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1854.

Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation. 1889.

Hertz, Unrecht Bd. 1 = Hertz, Das Unrecht und seine Formen. Bd. 1. 1880.

Horch = Horch, Das Verbrechen der Abtreibung. Mainz 1878.

Hrehorowicz = Hrehorowicz, Das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht. Dorpat 1876.

Jungmann = Jungmann, Das Verbrechen der Abtreibung. Nürnberg 1893.

v. Kries = v. Kries in Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 7.

v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung. (Festschrift für Bekker.) 1899.

v. Liszt, Lehrb. = v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 11. Aufl. Berlin 1902.

Lucas, Anleitung = Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Teil 2: Das materielle Strafrecht. 2. Aufl. Berlin 1907.

Martin = Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechts. Heidelberg 1829.

Meyer-Allfeld = Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907.

Merkel, Lehrb. = Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Mittermaier, N. Arch. = Mittermaier, Über die Grenzen und Bedingungen der Straflosigkeit der Perforation. Im Neuen Archiv für Kriminalrecht Bd. 8.

Mommsen = Mommsen, Das Strafrecht der Römer. In Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 4. Aufl. 1899.

Olshausen-Zweigert = Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Teil. 7. Aufl. Berlin 1906.

Oppenhoff-Delius = Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.

Pfizer = Pfizer, Das Verbrechen der Lohnabtreibung. Im Gerichtssaal Bd. 28.

Radbruch = Radbruch, Abtreibung. In Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 5. Berlin 1905.

Rehm = Rehm, Über die Bestrafung der Abtreibung. Im Gerichtssaal Bd. 8. 1856.

Rein, Das Kriminalrecht der Römer. Leipzig 1844.

Rubo = Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.

Rüdorff-Stenglein = Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1892.

Spangenberg = Spangenberg, Das Verbrechen der Abtreibung. Im Neuen Archiv für Kriminalrecht 1818 Bd. 2.

Schmitz Bd. 1 (Bd. 2) = Schmitz, Bußbücher und Bußdisziplin der Kirche. Bd. 1 1883, Bd. 2 1898.

Schütze = Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.

v. Schwarze = v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884.

Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Berlin 1898.

Thomsen = Thomsen, Das deutsche Strafrecht (1906). Besonderer Teil 1907.

Wasserschleben, Bußordnungen der abendländischen Kirche. 1851.

Wasserschleben, Irische Kanonensammlung. 1874.

v. Wächter, GS. = v. Wächter, Über den Tatbestand des Verbrechens der Kindesabtreibung. Im Gerichtssaal Bd. 29.

Wilda = Wilda, Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.

Zeitschriften und Sammelwerke.

RGE. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
GS. = Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß, gerichtliche Medizin, Gefängniskunde und ausländische Literatur.
Goltdammers Arch. = Goltdammers Archiv für Strafrecht.
N. Arch. = Neues Archiv für Kriminalrecht.
Zeitschr. f. d. ges. Strafr. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. Geschichtliches.

A. Die Abtreibung bei den Kulturvölkern des Altertums.

a) Bei den Griechen und Juden.

Trotz der großen, unleugbaren Gefahren, die eine naturwidrige Trennung der Frucht vom Mutterleibe (Abtreibung im weiteren Sinne) für das Leben und die Gesundheit der Schwangern mit sich bringt, trotz der zweifellosen Gefährdung, die für das leibliche und sittliche Wohl der Familie und der Gesamtheit damit verbunden ist, hat zu allen Zeiten und fast bei allen Völkern[1]) die Unsitte der Kindesabtreibung ihre Opfer gefordert und fordert sie noch. Kultur und Gesittungsgrad selbst kulturell hochentwickelter Völker scheinen auf eine Eindämmung ihres Vorkommens von fast gar keinem Einflusse zu sein, ja wir finden selbst in Perioden geistiger Hochkultur eines Volkes eine weite Verbreitung dieses Lasters. Um so auffallender ist angesichts dieser Tatsachen der Umstand, daß erst in verhältnismäßig später historischer Zeit mit staatlichen Strafen gegen die Abtreibung vorgegangen wird.

Die ersten historischen Dokumente, die uns über die Fruchtabtreibung im Altertum überliefert sind, finden sich in der Literatur der Griechen und Juden. So berichtet Hippokrates (Opera ed. Kühn, Tom. I p. 386) von einer von ihm selbst an einer Sklavin vorgenommenen Abtreibung. Und Aristoteles (Politica lib. VII cap. 14) empfiehlt die Abtreibung aus Gründen des Staatswohls. Aber nirgends findet sich eine Andeutung über eine Bestrafung derselben bei den Griechen, eine solche ist auch angesichts der Tatsache, daß Persönlichkeiten wie Aristoteles und Hippokrates

[1]) v. Fabrice a. a. O. S. 1—19.

ihre Anwendung empfahlen, nicht sehr wahrscheinlich. Was nun die Juden anlangt, so findet sich die einzige Stelle, die von Fruchtabtreibung spricht, im 2. Buche Moses Kap. 21 Vers 22—25. Diese lautet: „Wenn sich Männer hadern und verletzen ein schwanger Weib, daß ihr die Frucht abgeht und ihr kein Schade widerfährt, so soll man ihn um Geld strafen, wieviel des Weibes Mann ihm auferlegt und soll es geben nach der Theidings-Leute Erkennen. Kommt ihr aber ein Schade daraus, so soll er lassen Seele um Seele, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß, Brand um Brand, Wunde um Wunde, Beule um Beule". Von einer strafrechtlichen Behandlung der Schwangern selbst, die sich die Frucht abtreibt, ist im Pentateuch nirgends die Rede; und es muß Horch[2]) recht gegeben werden, wenn er den bei den Juden in höchstem Ansehen stehenden Kinderreichtum für ausreichend hält, um das Überflüssige weitergehender gesetzlicher Bestimmungen zu motivieren.

b) Die Abtreibung bei den Römern.

Daß die Abtreibung schon im ältesten Rom bekannt war, ist sicher. Schon die Königsgesetze betrachten sie als einen Scheidungsgrund für den Ehemann der Abtreibenden.[1]) Auch die häufige Erwähnung, die dem Laster seitens der Dichter[2]) Roms zuteil wird, läßt auf seine außerordentliche Verbreitung schließen. Trotz alledem suchen wir nach Strafbestimmungen aus der ältesten Zeit und aus der ganzen Zeit der Republik vergebens. Man würde jedoch fehlgehen, wenn man annähme, daß die Fruchtabtreibung die Billigung der Römer gefunden hätte; Schriftsteller wie Juvenal (6, 592) und Tacitus (ann. 14, 63) beweisen durch ihre Auffassung

---

[2]) a. a. O. S. 3.

[1]) Mommsen a. a. O. S. 636. Diese Bestimmung der Königsgesetze ist später durch Nov. 22 Kap. 16 § 1 und Nov. 31 Leonis wieder aufgenommen worden.

[2]) Juvenal Sat. VI v. 594; ders. Sat. II v. 32; Ovid Amor. lib. II eleg. 14 v. 33—36; man verstand in Rom sowohl die Anwendung dynamischer als auch die mechanischer Mittel, welche die Abtreibung bewirken sollten. v. Fabrice a. a. O. S. 3 erwähnt ein zu diesem Zwecke angewandtes Instrument, den embryosphactes.

das Gegenteil zur Genüge. Auch ist es nicht ausgeschlossen, daß die Hauszucht des pater familias da eingriff, wo nach seinem Ermessen eine für ihn wenigstens fühlbare Lücke in der Kriminalgesetzgebung vorlag; denn „der Hausherr kann einschreiten ... wegen jeder durch das Staatsgesetz nicht verbotenen Handlung“.[3]) Daß späterhin für die Abtreibung eine Pönalklage bestanden habe, vermutet Mommsen a. a. O. S. 860 auf Grund einer ebendort erwähnten Plautusstelle, welche die Abtreibung mit der Quadruplation in Verbindung bringt.

Die erste Stelle, welche eine Bestrafung wegen Abtreibung bespricht, findet sich bei Cicero (oratio pro Cluent. 11, 32). Tryphoninus hat sie in D. 48, 19, 39 folgendermaßen zitiert: Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Es besteht jedoch kein Streit darüber, daß diese Stelle eben nur beweist, daß Cicero nur mangels Kenntnis einer römischen Sentenz dieses fremde Erkenntnis erwähnt hat.[4])

Die Römer faßten den Fötus als pars viscerum oder mulieris[5]) portio auf und sprachen ihm daher selbständigen Rechtsschutz ab. Wenn also eine Frau eine Abtreibungshandlung beging, so konnte sie nur unter Heranziehung des Gesichtspunktes einer Verletzung der Rechte Dritter dafür zur Verantwortung gezogen werden. Als solche kamen, falls es sich um eine gewaltunterworfene Frau handelt, nur der Gewalthaber, i. e. der Vater oder Gatte der Gewaltunterworfenen in Frage. Dieser konnte in der gegen seinen Willen erfolgten Abtreibungshandlung der Frau eine Beeinträchtigung seines Rechts auf Nachkommenschaft erblicken, gegen die er kraft seiner patria potestas einschreiten konnte. Bei dieser Auffassung war selbstverständlich für eine kriminelle Behandlung der Abtreibung kein Raum, die Bestrafung blieb nach älterer römischer Auffassung Privatsache des Verletzten.

---

[3]) Mommsen a. a. O. S. 20/21.

[4]) Mommsen a. a. O. S. 636 Anm. 7; Horch a. a. O. S. 5; Spangenberg a. a. O. S. 20; Jungmann a. a. O. S. 9; Rein a. a. O. S. 448.

[5]) l. 1 § 1 D. de inspic. ventre 25, 4.

Eine Folge der Auffassung, die Frucht sei mulieris portio, war die Möglichkeit der Verurteilung eines Dritten, der wider Willen der Schwangeren die Abtreibung vorgenommen hatte, auf Grund der Bestimmungen in l. 13, 27, 22 D. ad leg. Aquil. 9, 2 unter dem Gesichtspunkt der Köperverletzung der Schwangern. Aber auch diese Gesetzesbestimmungen sahen nur einen Entschädigungsanspruch für die Verletzte vor, ohne kriminelle Bestrafung anzudrohen.

Diese Strafbestimmung dem römischen Rechte beizufügen, blieb vielmehr der Zeit der Kaiser Severus und Caracalla vorbehalten. Aber auch hier ist man über den Standpunkt, die Abtreibung müsse, um strafbar zu sein, sich als Verletzung des Anspruchs des Gewalthabers (rectius Gatten) auf die Frucht darstellen, nicht hinausgekommen. Ein Reskript dieser genannten Herrscher, auf das D. 47, 11, 4 Bezug genommen wird, ordnet Bestrafung der erfolgreich abtreibenden Ehefrau an. Die Digestenstelle begründet die Bestrafung in folgender Weise: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.[6]) Durch D. 48, 19, 39 ist die Bestrafung der Ehefrauen auf solche post divortium ausgedehnt. Eine Strafandrohung aber gegen eine ledige Schwangere oder eine solche, welche mit Willen des Ehegatten abtreibt, findet sich nirgends.[7])

---

[6]) vgl. auch D. 48, 19, 39; Nov. 12, 16, 1.

[7]) Zu Zweifeln an der Richtigkeit dieser Auffassung hat die Stelle l. 8 D. ad. leg. Corn. de sicc. et ven. 48, 8 Veranlassung gegeben: Si visceribus suis mulierem vim intulisse, quo partum abigeret. constiterit, eam in exilium Praeses provinciae exiget. Aus der Wahl des Wortes mulierem schloß man, daß die Abtreibung bei den Römern allgemein, auch an den ledigen Schwangern bestraft worden sei (so Rein, Kriminalrecht der Römer, Leipzig 1844, S. 447). Die überwiegende Meinung geht jedoch dahin, daß die obenerwähnte Gesetzesstelle lediglich eine ungenaue Wiederholung der Bestimmungen in D. 48, 19, 39 und D. 47, 11, 4 ist unter engem Anschluß an das kaiserliche Reskript, ohne innern Widerspruch zu demselben. Die Konsequenz der gegenteiligen Ansicht würde sein, daß während nach den letzterwähnten Gesetzesstellen die Ehefrau mit Verbannung — und zwar zeitlicher — bestraft würde, die ledige Schwangere unter Umständen lebenslängliche Verbannung — der Zusatz temporali fehlt in l. 8 D. ad leg. Corn. 48, 8 — zu gewärtigen hätte (s. hierzu Spangenberg a. a. O. S. 25; Hrehorowicz a. a. O. S. 52ff.; Jungmann S. 10; Horch S. 6ff.). Horch a. a. O. ist der Ansicht,

Den in rechtspolitischer Beziehung so weitsehenden Römern konnte es nun nicht verborgen bleiben, daß wenn sie auch die Abtreibung als solche unter gewissen Voraussetzungen bestraften, sie damit doch — selbst bei Anwendung der weiter unten zu besprechenden außerordentlich scharfen Strafmittel — nicht zu dem vom Gesetzgeber gewollten Ziele gänzlicher Ausrottung des Verbrechens gelangen würden. Wollte man dem Übel wirklich mit Erfolg zu Leibe gehen — selbst wenn man nur die Rechte des Ehegatten schützen wollte —, so mußte man auch die Personen in den Kreis der zu Bestrafenden mit hineinziehen, die durch Feilhalten und Verabreichen von Abortivmitteln der Ausbreitung der Abtreibung Vorschub leisteten. Diese Aufgabe erfüllte l. 38 § 5 D. de poen 48, 19, indem sie diejenigen mit Strafe bedrohte, qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est.

Die Bedeutung der Worte „etsi dolo non faciant" ist bestritten. Nach der einen Ansicht bedeuten diese Worte: „Ohne Rücksicht darauf, ob man mit der Verschaffung des Abortivmittels Beihilfe leisten wollte oder nicht".[8]) Eine andere Meinung geht dahin, dolus im Sinne dieser Stelle sei als Tötungsvorsatz und die Worte „quodsi eo mulier aut homo perierit" als der diesem dolus kongruente Erfolg anzusehen.[9])

Einer dritten Ansicht zufolge sollen die Worte bedeuten: Auch wenn die Verabreicher der Abortivmittel weder aus ge-

---

die bestrittene Digestenstelle sei aus Ulpian lib. 33 ad edictum entnommen. Es ergebe aber eine Vergleichung mit l. 13 D. de actione rer. amot. 25, 2 daß Ulpian in lib. 33 bei der Abhandlung der actio rer. amot. die Ehegatten post divortium im Auge habe. Hier wie an andern Stellen bezeichne Ulpian die Ehefrau post divortium stets als mulier, weil ihm die Bezeichnung uxor nicht passend erschiene. Bei Anwendung des Wortes mulier in l. 8 D. ad leg. Corn. 48, 8 im Sinne von Ehefrau post divortium, wie dies l. 39 D. 48, 19 geschehe, würden die unbilligen Konsequenzen, die sich aus der gegnerischen Auffassung ergäben, ausgeglichen.

[8]) So Horch S. 8.

[9]) s. Rein a. a. O. S. 448; Spangenberg a. a. O. S. 20; Mommsen, a. a. O.: „nicht in der Absicht, den so Behandelten weiter ein Leides anzutun".

meinen Motiven handeln, noch List anwenden, noch die abtreibende Wirkung verheimlichen, wenn sie also das Mittel offen und ohne Hehl als Abortivmittel vorsätzlich abgeben".[10])

Letztere Ansicht kann als richtig gelten. Regelmäßig wird doch wohl der, welcher ein Abortivmittel feilhält oder es einer Schwangeren verschafft (diese umfassende Bedeutung hat doch wohl das Wort dare), die Absicht haben, ihr bei ihrem Verbrechen Beihilfe zu leisten; er wird aber nicht ebenso regelmäßig daran denken, sie durch seine Handlungsweise ums Leben zu bringen oder ihr auch bloß ein Leid anzutun. Anderseits ist es für die Erfüllung der legislatorischen Absicht dieser Gesetzesbestimmung — die gründliche Ausrottung eines weitverbreiteten gefährlichen Lasters[11]) — ausreichend, eine Willensrichtung, wie sie von der letztgenannten Ansicht verlangt wird, unter Strafe zu stellen.

Die Art der Bestrafung anlangend, so wurde die von der Ehefrau, auch der post divortium, begangene Abtreibung mit zeitlicher Verbannung bestraft. Die Verschaffung von Abortivmitteln wurde an Niederen durch Verschickung in ein Bergwerk, an höher Gestellten durch Verbannung auf eine Insel unter teilweiser Vermögenskonfiskation geahndet. Hatte die Anwendung des Mittels den Tod der Schwangern zur Folge, so wurde das Verschaffen capital gebüßt.[12])

B. Der Standpunkt des kanonischen Rechts.

Als nach dem siegreichen Vordringen des Christentums die Kirche erst einmal angefangen hatte, für ihre Mitglieder bindende

---

[10]) So Jungmann S. 11 im Anschluß an Bindings Doluslehre, Normen Bd. 1 § 50ff.; s. auch Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 36.

[11]) quia mali exempli res est (l. 38 § 5 D. de poen. 48, 19).

[12]) So Spangenberg S. 25; and. Ans. Schütze S. 389 Anm. 2; Horch S. 6; Hrehorowicz S. 52ff.; Mommsen S. 637 (ohne nähere Angabe von Gründen); Jungmann S. 9, der dem ersten Teil der l. 39 D. 48, 19 durch seine Aufnahme in das corpus iuris die Fähigkeit, Gesetzeskraft erlangt zu haben, zuspricht, im Gegensatz zu den Vertretern der andern Meinung, die den ersten Teil a. a. O. nur historisch auffassen.

Rechtsnormen aufzustellen, konnte sie sich auch der Aufgabe nicht entziehen, der Bekämpfung der Abtreibung durch Kirchenstrafen ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden. Die geeignete Gelegenheit, über Abwehrmaßnahmen Beschluß zu fassen, bildeten die Konzilien; und in der Tat kam bereits in der Synode von Elvira im Jahre 306 ein Kanon (63) zustande, der unzüchtigen Weibern, die sich die Frucht abtrieben, sogar auf dem Totenbette die Kommunion zu erteilen untersagte.[1]) An diese Bestimmung knüpfte einige Jahre später (314) die Synode von Ancyra an, indem sie im 21. Kanon verfügte: *Περὶ τῶν γυναικῶν τῶν ἐκπορνευουσῶν καὶ ἀναιρουσῶν τὰ γεννώμενα καὶ σπουδαζουσῶν φθόρια ποιεῖν ὁ μὲν πρότερος ὅρος μέχρις ἐξόδου ἐκώλυσεν, καὶ τούτῳ συντίθενται. Φιλανθρωπότερον δέ τι εὑρόντες ὡρίσαμεν δέκα ἔτη χρόνον κατὰ τοὺς βαθμοὺς τοὺς ὡρισμένους.*[2])

Auch die Synode von Lerida im Jahre 524 und das erste Mainzer Konzil 847 erließen unter Hinweis auf die beiden obengenannten Synoden Kirchenstrafen gegen die Abtreibung (Schmitz Bd. 1 S. 443).

Innerhalb der Reihen hervorragender Männer der Kirche war es der heilige Basilius († 379), der in seinen Briefen an Amphilochius von Ikonien (c. 30, 22, 40; Schmitz Bd. 1 S. 44) eine zehnjährige Kirchenbuße für das Verbrechen der Abtreibung in Vorschlag brachte.

Die Anordnungen dieser Briefe hatten nun wie die Bestimmungen der vier ersten Konzilien frühzeitig in der Kirche durch Übung und Ansehen Gesetzeskraft erlangt. Bestätigt wurden sie durch den 2. Kanon der trullanischen Synode (692), so daß man berechtigt ist, ihre Bestimmungen, und besonders die für die Abtreibung gegebenen, hier allein interessierenden, für kanonisches Recht zu erklären (Schmitz Bd. 1 S. 37).

Synoden und kanonische Briefe sind es nun aber nicht allein, die Vorschriften über Abtreibung aufweisen.

In der Folgezeit tauchte nämlich eine große Anzahl sogen. Pönitentalienbücher auf, Schriften, deren Benutzung bis in das

---

[1]) Schmitz Bd. 1 S. 259.

[2]) Aus Conciliorum tomus secundus Parisiis e typographia regia 1644.

7. Jahrhundert zurückreicht und die den Zweck verfolgten, dem Bußpriester bei der Bußauflage als Anweisung zu dienen.[3]) Soweit nun diese Pönitentalienbücher nicht auf Grund persönlichen arbitriums hervorragender Männer die Buße bestimmen, sondern sich an die Kanons der älteren Konzilien anschließen, darf man sie als „kanonische Satzungen" bezeichnen.[4]) Diese Bezeichnung dürfen die von Schmitz (Bd. 1 S. 219 f.) sogen. Bußbücher der römischen Gruppe beanspruchen, nämlich das sogen. Poenitentiale Valicellanum I u. II, das Poenitentiale Casinense, das Poenitentiale Arundel und das Poenitentiale Romanum. Diese enthalten nun sämtlich Bestimmungen über Bestrafung der Abtreibung.[5]) Inhaltlich weisen sie, wie wir später zeigen werden, fast sämtlich eine Verwandtschaft mit den Bestimmungen der älteren Synoden, insbesondere der von Ancyra auf, aber auch in Fassung und Text deuten sie zum Teil darauf hin.[6]) Ja das Poen. Casinense can. 55 stimmt sogar fast wörtlich mit dem can. 21 der Synode von Ancyra überein. Es bestimmt nämlich: Mulieres, qui partus suos necant et illae, quae agunt, ut utero conceptos excutiant, antiqui patres constituerunt usque ad exitum vitae, nunc vero humanius definitum est, X annos peniteant etc.

Ihren Abschluß fand die kanonische Pönalisierung der Abtreibung im Decretum Gratiani und in den Decretalen Gregors IX. (cap. 20, X de homicidio V, 12). Gratian bestimmte in C. 20 caus. 2 qu. 5: qui conceptum in utero per abortum deleverit, homicida est. Die Abtreibungsstrafen der nachgratianischen Bußbücher wurden, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch tatsächlich außer Gebrauch gesetzt durch die Übung, nur solche Rechtsbestimmungen in der Praxis anzuwenden, welche in dem kodifizierten Recht der Kirche, dem Dekret Gratians und den gregorianischen Dekretalen enthalten waren (Schmitz Bd. 1 S. 792).

---

[3]) Schmitz Bd. 1 S. 110.

[4]) s. Note 3 und Schmitz Bd. 2 S. 4.

[5]) Poen. Val. I c. 7, 24, 29, 83; Val. II c. 14 u. 29; Casin. c. 53 u. 55; Arundel 17 u. 20; Romanum c. 46.

[6]) So Poen. Val. I, 24 (Schmitz Bd. 1 S. 280).

Wenden wir uns nunmehr von der historischen zur dogmatischen Betrachtung der Abtreibung im kanonischen Recht, so bemerken wir eine völlige Abkehr von der römischen Auffassung, der foetus sei pars viscerum. Er gilt vielmehr als völlig selbständiges Lebewesen und seine Vernichtung daher, wie das obenerwähnte Zitat aus Gratian zeigt, als homicidium.[7]) Diese Umwandlung vollzog sich im Anschluß an den Ausspruch Tertullians (apol. c. 9): homo est et qui est futurus et fructus omnis jam in semine est; homicidii festinatio est prohibere nasci nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet.

Damit aber an der Frucht ein homicidium begangen werden konnte, mußte sie gelebt haben. Sie mußte animatus (vivificatus, formatus) sein; et ideo non sit homicidium: quia nec exanimatum dici potest, si adhuc (i. e. im Moment der Abtreibung) animam non habebat (causa 32 qu. 2 c. 8).

Diese Ansicht des kanonischen Rechts hatte sich gebildet im Anschluß an die Lehre des heiligen Augustinus und des heiligen Hieronymus, nach der es eine Zeit geben sollte, in welcher der Embryo für die Behausung der Seele noch nicht genug entwickelt und daher unbeseelt sei, daß mithin an einer unbeseelten Frucht ein Mord ausgeschlossen sei (Schmitz Bd. 1 S. 362). Schon Moses sollte diese Lehre aufgestellt haben (caus. 32 qu. 2 c. 9; 2. Moses 21, 22—25).

Für die sich daher ergebende Frage, von welcher Zeit ab der Embryo als beseelt zu gelten habe, hielt man sich einmal an die Ansicht des Aristoteles (lib. VII hist. animal. c. 3): Mares foetus magna ex parte circa quadragesimum diem dextro potius latere moventur, feminae sinistro circiter nonagesimum. Sodann aber zog man auch die mosaische Zeitbestimmung von 40 Tagen für die Reinigung der Mutter nach der Geburt eines Knaben und von 80 Tagen nach der Geburt eines Mädchen heran (3. Moses 12, 2—6), welche mit den aristotelischen Angaben annähernd zusammenfallen. Da nun eine Unterscheidung zwischen männ-

---

[7]) Für die erwähnten Bußordnungen und Synodalkanones ergibt sich dies im allgemeinen teils aus der ausdrücklichen Bemerkung ut homicida, teils aus der noch zu erörternden Strafhöhe.

lichem und weiblichem Embryo bei der Abtreibung nicht durchführbar war, so betrachtete man den 40. Tag allein als ausschlaggebenden Zeitpunkt für die Entscheidung der Frage, ob ein foetus animatus oder inanimatus gewesen war (Schmitz a. a. O.).

Es wird nun zwar dieser Zeitpunkt und folglich auch der Unterschied zwischen foetus animatus und inanimatus nicht überall, auch nicht durch eine verschiedene Normierung der Strafen hervorgehoben. Dies ist z. B. bei den dem can. 21 der Synode von Ancyra nachgebildeten Bußkanones sowie den auf jene Synode Bezug nehmenden Konzilbeschlüssen der Fall.[8]) Daraus darf aber nicht gefolgert werden, es sei jene Unterscheidung diesen Vorschriften unbekannt gewesen. Es wird vielmehr die Kenntnis hiervon ebenso vorauszusetzen sein, wie es anzunehmen ist, daß man im Einzelfalle gemäß der autoritativen Vorschrift des Basilius (Schmitz Bd. 1 S. 44) versucht hat, festzustellen, ob der Embryo beseelt war oder nicht. Jedenfalls ist festzuhalten, daß die Fixierung des Belebungszeitpunktes auf den 40. Tag und die Unterscheidung zwischen foetus animatus und inanimatus kanonisches Recht geworden ist.[9])

Zwar hob Sixtus V. den Unterschied durch eine Bulle vom Jahre 1588 auf, aber Gregor XIV. stellte ihn durch eine Bulle vom Jahre 1591 wieder her. Es scheint, als habe die Praxis die Unterscheidung nicht entbehren können, da man mit ihrem Fortfall gezwungen gewesen wäre, z. B. eine im ersten Schwangerschaftsmonate Abtreibende schon ut homicida zu bestrafen.[10]) Zwar erlag die Anschauung vom foetus animatus nach jahrhundertelangem Bestehen modernen wissenschaftlichen Ansichten, die Auffassung der Abtreibung als eines Tötungsverbrechens hingegen ist bis in die neueste Zeit wirksam geblieben.

Was nun die Bestrafung anlangt, so setzte die älteste Zeit des kanonischen Rechtes — wie erwähnt — lebenslängliche Exkommunikation als Abtreibungsstrafe fest. So das Konzil von

---

[8]) Poen. Val. I 24, 7; Casin. 55; Elvira can. 63; Lerida can. 2; Mainz I (647) can. 21.

[9]) Schmitz Bd. 1 S. 362.

[10]) So Jungmann a. a. O. S. 15; and. Ans. Hrehorowicz a. a. O. S. 75.

Elvira can. 63. Eine Differenzierung der Strafhöhe war bei der Strenge der gesetzgeberischen Auffassung ausgeschlossen. Erst die mildere Beurteilung der Folgezeit schuf hierin einen Wandel. Verschiedene Gesichtspunkte wurden jetzt für die Bemessung der Strafe wirksam. Zunächst der Unterschied hinsichtlich der Belebung oder Nichtbelebung des Embryo: Die Abtreibung eines foetus animatus wurde meist im Anschluß an die Strafhöhe im can. 21 der Synode von Ancyra mit zehnjähriger Buße bestraft,[11]) wohingegen für die Abtreibung eines foetus inanimatus eine einjährige Buße zu leisten war. Das Decretum Gratiani (caus. 32 qu. 2 c. 9) hat sich jedoch wieder offenbar das Talionsystem des mosaischen Rechtes hinsichtlich der Vernichtung einer belebten Frucht zu eigen gemacht, während es die Abtreibung einer unbelebten Frucht nach dem angeblichen Vorbilde jenes Rechts mit einer Geldstrafe sühnte.

Es wurde ferner unterschieden, ob die Abtreibung von Dritten oder von der Schwangern vorgenommen war. Im ersten Fall wurde sie strenger bestraft.[12]) Auch danach bemaß man die Strafe verschieden, je nachdem die abgetriebene Frucht ihre Existenz einer erlaubten oder unerlaubten Zeugung zu verdanken hatte.[13])

Endlich war auch von Bedeutung, ob die Tat dolos oder kulpos ausgeübt worden war.[14]) In das Dekret sind alle diese Bestimmungen nicht eingedrungen.

C. Die Abtreibung bei den germanischen Völkern.

1. Die Frage, ob das germanische Strafrecht ein vorsätzlich rechtswidriges Handeln gegen den foetus überhaupt gekannt habe, ist — für die Gesamtheit der in Betracht kommenden Rechtssatzungen wenigstens — nicht mit Sicherheit zu ent-

---

[11]) So Poen. Casin. 55; Val. II, 29 in Verb. mit Val. II, 1.

[12]) Poen. Val. I, 24.

[13]) vgl. z. B. Ancyra can. 21; Mainz I can. 21; Elvira can. 63 einerseits und Poen. Arundel can. 17 (Schmitz Bd. 1 S. 444) anderseits.

[14]) s. in letzterer Hinsicht das sehr geringe Strafmaß des Poen. Rom. can. 46 (3 Jahre) und des Poen. Val. I, 29 (4 Jahre).

scheiden[1]) trotz der großen Anzahl von Rechtsvorschriften, die von einer Tötung des Ungeborenen sprechen.

Das nordgermanische Recht bietet für die Entscheidung unserer Frage so gut wie gar keine Handhabe. So bestimmt das isländische Strafrecht, die Graugans[2]): „Wenn eine Frau erschlagen worden, die ein lebendiges Kind trug, so sind das zwei Totschlagssachen“ usw. Auch in den Bestimmungen des angelsächsischen Rechts[3]) finden wir die Frage nicht beantwortet. Für das upländische Recht scheint es festzustehen, daß seine Bestimmungen lediglich ein kulposes Handeln zur Voraussetzung haben.[4])

Der lex Ripuariorum (Tit. 38 §§ 10 u. 11) und der lex Alamannorum (Tit. XCI § 1 S. 150, ed. Lehmann) ist die Voraussetzung dolosen Handelns gegen die Frucht offenbar fremd. Das gleiche gilt vom ostgotländischen Recht.[5])

Das longobardische Recht trifft in dieser Beziehung folgende Bestimmung: Si infans in utero matris suae nolendo ab aliquo occisus fuerit, si ipsa mulier libera secundum nobilitatem suam, et medietatem quod ipsa valuerit, infans ipse componatur. Nam si mortua fuerit, componat eam secundum generositatem suam, excepto quod in utero eius mortuum fuerit, ut supra: cessante faida, eo quod nolendo fecit.[6]) Die expositio bemerkt zu dieser Stelle[7]): Quaeritur, si infans in utero matris suae volendo

---

[1]) And. Ans. Horch S. 16; Jungmann S. 6. Es ist Horch nur insoweit beizupflichten, als — wenn überhaupt — dolose Abtreibung nicht anders als kulpose bestraft wird.

[2]) Grag. Vigsl. c. 35 p. 69; Wilda S. 718.

[3]) Lex Henrici, Angl. R. Bd. 70 S. 14; Wilda S. 720.

[4]) In Upl. L. M. XI, 6 heißt es: Wird behauptet, daß die Frau schwanger gewesen, so hat des Kindes Erbe das beweisende Wort, darzutun mit sechs Männern und sechs Frauen, daß sie schwanger gewesen, als sie erschlagen worden. Dann wird dafür mit 18 Mark gebüßt. Wilda S. 723 bemerkt hierzu, es werde hier auf seiten des Täters nicht einmal Kenntnis der Schwangerschaft verlangt. Es kann also noch weniger von dolosem Handeln die Rede sein.

[5]) O. G. cap. XIV pr. p. 75; Wilda S. 718.

[6]) Monum. Germ. Leges 4 (ed. Pertz) liber Pap. Roth. 75 S. 307.

[7]) s. vorige Anmerkung.

occisus fuerit et ipsa mortua fuerit, si puer debet componi? Ut affirmat, puerum non debere componi, quia lex istius quae est: „Si quis puellam aut mulierem liberam“ non posuit differentiam, sive puer esset in eius utero sive non, et non facit interfectorem componere nisi matrem.

Hieraus folgt allerdings per arg. e. contr. die Möglichkeit der Bestrafung einer dolosen Abtreibung, aber — bei Vorliegen der sonstigen Erfordernisse — doch nur in dem Falle, daß die Mutter infolge der Tat starb. An der prinzipiellen Annahme des longobardischen Rechts, die sich aus der Fassung nolendo ergibt, daß die Abtreibung regelmäßig kulpos, gelegentlich der Tötung oder Verletzung einer Schwangern verübt werde, ändert sich dadurch nichts.

Nachweislich ist den leges Baiuvarorum und Wisigothorum die dolos erfolgte Abtreibung bekannt gewesen, denn die dort[8]) erwähnte Verwendung von Abortivtränken hat doloses Handeln zur inneren Voraussetzung.

2. Wie das ältere römische Strafrecht ist auch das Recht der Germanen im allgemeinen nicht darüber hinweggekommen, in der Abtreibung lediglich eine zum Schadensersatze verpflichtende Handlung zu erblicken. Die Schädigung fand man aber nicht wie im römischen Recht in der Verletzung eheherrlicher Interessen durch Eingriffe gegen eine pars viscerum, sondern in der Verletzung der Rechte von Angehörigen durch widerrechtliche Tötung.[9]) Daher blieb mangels vorhandener Interessenverletzung die von der Schwangern selbst vorgenommene Abtreibung straflos.[10])

Entsprechend der Ansicht, die Abtreibung der Leibesfrucht sei eine Tötung, war die Art und Höhe der Strafe, welche in der Zahlung[11]) einer größeren oder geringeren Geldsumme bestand. Am vollkommensten findet sich diese Ansicht in der

---

[8]) Lex Baiuv. VIII, 18 (Pertz S. 301); lex Wisig. lib. VI tit. III cap. 1.

[9]) Wilda S. 718 ff.; Schütze S. 389 Anm. 2; Binding, Lehrb., bes. Teil I S. 37.

[10]) Hiervon macht nur lex Wisig. lib. VI tit. 3 cap. 7 eine Ausnahme.

[11]) Nur lex Wisig. lib. VI tit. 3 cap. 7 verfügte die Todesstrafe für das Verbrechen.

Graugans (s. oben) vertreten. Hier wurde die Tötung eines Fötus im Mutterleibe, wenn sonst seine Existenz gewiß war, der eines geborenen Menschen gleichgeachtet. Anders in den übrigen Volksrechten, welche in der Abtreibung nur eine geringere Tötung sahen und sie dementsprechend geringer bestrafen als die Tötung eines Geborenen. So die der lex Salica tit. XXIV § 4, lex Ribuaria tit. XXXVIII (al. XXXVI) § 10.

Andere Gesetze ließen sich außerdem noch durch andere Gesichtspunkte bei der Normierung der Strafhöhe leiten. So unterschieden, kanonischem Einflusse folgend, das westgotische, bayerische und angelsächsische Recht zwischen der Tötung einer beseelten und einer unbeseelten Frucht (lex Wisig. VI, 3, 2; lex Baiuv. VII tit. 19 §§ 2, 3; lex Henrici, Angl. R. LXX, 14).[12]) Für die Tötung der ersteren mußte nach bayerischem und angelsächsischem Rechte volles, nach westgotischem Rechte halbes Wergeld (250 solidi) gezahlt werden, während die Tötung der unbeseelten Frucht nach angelsächsischem Rechte mit halbem Wergeld, nach westgotischem mit 100 und nach bayerischem mit 20 solidi geahndet wurde.

Das longobardische Recht[13]) ließ bei der Bestimmung der Höhe des Wergeldes den Stand der Mutter — secundum nobilitatem suam — entscheiden und setzte fest, daß für die Tötung der Frucht die Hälfte des so ermittelten Wergeldes zu entrichten sei.

Das alamannische Recht bestimmte die Höhe der Compositio verschieden nach dem Geschlechte der abgetriebenen Frucht. Es verfügte nämlich (tit. XCI §§ 1 u. 2, ed. Lehmann): Si quis mulieri pregnanti abortivum fecerit, ita ut jam cognoscere possit, utrum vir an femina fuit: si vir debuit esse, cum 12 solidis componat; si autem femina, cum 24.

Si nec utrum cognoscere potest, et iam non formatus in

---

[12]) Im bayerischen Recht war außerdem der Unterschied, ob die Mutter frei oder unfrei war, bei der Bestimmung der Strafhöhe wirksam; lex Baiuv. VIII tit. 19 u. 22; vgl. im übrigen auch lex Baiuv. tit. 20 u. 21.

[13]) Edict. Rothar S. 75.

liniamenta corporis, cum 12 solidis componat. Si amplius requirit, cum sacramentalibus suis se idoniet.[14])

Die Friesen ließen den geringeren oder größeren Reifegrad der Frucht für die Höhe der zu zahlenden Geldsumme entscheidend sein.[15])

3. Die weitere Entwicklung der Behandlung der Abtreibung in der germanischen Rechtswelt ist in Dunkel gehüllt. Man ist bei dem Schweigen der Quellen,[16]) des Schwaben- und Sachsenspiegels auf Vermutungen angewiesen.

Möglich ist es, daß die weitere rechtliche Behandlung der Abtreibung im Wege des Gewohnheitsrechtes stattgefunden hat, wahrscheinlich aber ist, daß die Entwicklung und Ausbreitung kanonischer Rechtssätze eine gewohnheitsrechtliche Behandlung unterdrückt haben.[17])

D. Die Abtreibung in den Bestimmungen der Carolina und des ehemaligen gemeinen Rechts.

a) Die Abtreibung wird in der Carolina unter dem Titel „straff der jhenen so schwangeren weibsbildern kinder abtreiben" im Art. 133[1]) behandelt. Derselbe lautet: „Item so Jemandt eynem weibsbild durch bezwang, essen oder drincken eyn lebendig kindt abtreibt, wer auch man oder weib unfruchtbar macht, so solch übel fürsetzlicher und boßhaftiger weiß beschiecht, soll der man mit dem schwert als eyn todtschläger, und die frau, so sie es auch an yr selbst thette, ertrenckt oder sunst zum todt gestrafft werden. So aber eyn kindt, das noch nit lebendig wer, von eynem weibsbild getrieben würde, sollen die urtheyler

---

[14]) Es wird hier also auch der kanonische Unterschied zwischen beseelter und unbeseelter Frucht gemacht. So auch Wilda S. 721.

[15]) vgl. die bei Wilda S. 721 erwähnten Willküren der Brockmänner.

[16]) Benedicti Capitularium lib. II, 11 u. 12 (Pertz, Monum. Germ. leg. tom. II pars altera S. 75) ist lediglich eine wörtliche Übersetzung vom 2. Buch Moses 21 V. 22—25.

[17]) Thomsen S. 335 nimmt Straflosigkeit der Abtreibung im deutschen Mittelalter bis zur CCC. an.

[1]) Fast gleichlautend mit Art. 158 der Bambergensis.

der straff halber bei den rechtsverständigen oder sunst wie zu end dieser ordnung gemelt wird, radts pflegen".

1. Subjekt des Verbrechens konnte somit jeder, auch die Schwangere selbst, sein. Die Strafe des Mannes, der „eyn lebendig kindt" abtreibt, war Hinrichtung mit dem Schwert; die der Frau, auch der Schwangeren selbst, im gleichen Falle, Ertränken oder sonstige Todesstrafe.[2]) Die Abtreibung einer Frucht dagegen, die „noch nit lebendig wer", wurde nach rechtsverständigem Gutachten gestraft. Hierbei könnte es zweifelhaft sein, ob mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 133, der im letzteren Falle nur von „eynem weibsbilde" als Subjekt des Verbrechens spricht, auch der Mann, der eine noch unbelebte Frucht abtrieb, unter Strafe gestellt sei oder nicht. Man wird aber wohl, ohne gegen den Geist des Gesetzes zu verstoßen, die Frage bejahend beantworten dürfen.

2. Als Objekt des Verbrechens aus Art. 133 galt eine belebte oder unbelebte Frucht. Hier ist der Einfluß des kanonischen Rechts mit seiner Unterscheidung zwischen foetus animatus und inanimatus unverkennbar.[3]) Auch die Bestimmung, daß die Abtreibung einer belebten Frucht als Totschlag zu bestrafen sei, entspricht der kanonischen Anschauung, die ja in diesem Falle den Täter als homicida strafte.

Über die Frage, wann die Belebung eintrete, läßt sich das Gesetz nicht aus. Man wird aber annehmen dürfen, daß die Carolina, entsprechend kanonischer Praxis, den 40. Tag von der Empfängnis an als maßgebenden Zeitpunkt angesehen habe.[4])

3. Ferner verlangte die CCC., die Frucht müsse „durch bezwang, essen oder drincken" abgetrieben sein. Sie kannte also einmal den Unterschied in der Anwendung dynamischer,

---

[2]) Jungmann S. 14 nimmt an, die poena cullei fände nach Art. 133 nur auf die Schwangere selbst Anwendung; sonstige Frauen und Männer würden mit der Schwertstrafe belegt. Dies ist aber gegen den deutlichen Wortlaut der Gesetzesbestimmung, die die Schwertstrafe nur für den Mann vorsieht.

[3]) Auch die Gleichstellung der Abtreibung mit der Unfruchtbarmachung weist auf kanonischen Ursprung hin.

[4]) So u. a. Jungmann S. 14.

mechanischer und psychischer (?) Mittel, die sie mit Rücksicht auf die Strafe als gleich behandelte. Sodann aber verlangte sie den Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen der Anwendung dieser Mittel und dem bewirkten Erfolge.[5])

4. Die Frage, was zur Vollendung des Verbrechens der Abtreibung nach der CCC. gehöre, ist streitig gewesen. Nach der einen Ansicht[6]) war das Verbrechen vollendet, wenn die Schwangere infolge der angewendeten Mittel zu früh niederkam, wobei es gleichgültig für die Erfüllung des Tatbestandes war, ob die Vernichtung des fötalen Lebens als Folge eintrat oder nicht. Die gegnerische Meinung, welche als die herrschende bezeichnet werden kann, steht auf dem Standpunkt, das Delikt sei vollendet, wenn die Frucht infolge der Bewirkung des gewaltsamen Abganges getötet sei.[7])

5. Die Abtreibung mußte, um strafbar zu sein, „fürsetzlicher und boshaftiger weiß" geschehen. Es wurde also nur die dolose Abtreibung bestraft.[8])

β) Die Schwierigkeit, die bei Anwendung des Unterschiedes zwischen foetus animatus und inanimatus in der Bestimmung des hierfür entscheidenden Zeitpunktes lag — über den ja die CCC. sich nicht äußerte — veranlaßte die sächsischen Konstitutionen (Augusti Elect. Novell. pars 4 const. 4 § 1), für diesen Zeitpunkt die Hälfte der Schwangerschaft als maßgebend anzusehen und außerdem den Umstand zu berücksichtigen, ob das Lebewesen im Mutterleibe seine Existenz etwa durch Bewegungen kund-

---

[5]) Wenn Horch S. 32 behauptet, die CCC. folge auch hierin dem kanonischen Recht, und zum Beweise dafür auf die S. 11 Anm. 4 seiner Schrift erwähnte Bulle Sixtus' V. Bezug nimmt, so verdient diese Beweisführung keinen Beifall, da die Entstehung der Bulle in das Jahr 1588, also in die Zeit nach Veröffentlichung der Carolina fällt.

[6]) So Hefftera. a. O. S. 208 § 264; ähnlich Martina. a. O. §§ 136, 137; Berner S. 499 Note 1.

[7]) So v. Wächter, GS. Bd. 29 S. 2; Hälschner, Strafrecht Bd. 2 (1. Abt.) S. 65 und Hälschner, GS. Bd. 32 S. 583ff.; Horch S. 21. Die Konsequenz der herrschenden Lehre ist, daß sie die Bewirkung einer Frühgeburt als einen nach Art. 178 CCC. strafbaren Versuch ansehen muß.

[8]) So Horch S. 21, der auch die Worte „und boßhaftiger weiß" als Argument für die Straflosigkeit der ärztlichen Abtreibung verwendet.

gegeben habe. Die gemeinrechtliche Praxis machte diese Bestimmung sich zu eigen.[9]) Erst der Einfluß Leysers, der als Beginn des fötalen Lebens den Augenblick der Konzeption entscheidend sein ließ,[10]) brachte diese Anschauung zu Falle.

E. Die Abtreibung im deutschen Partikularrecht.

1. Mit Ausnahme der Strafgesetzbücher von Hessen 1841 Art. 281—285, Baden 1845 §§ 251—254 und Nassau 1849 Art. 274 bis 278, welche die Abtreibung in einem selbständigen Abschnitt behandeln, wird dieses Verbrechen im deutschen Partikularrecht bei den Verbrechen und Vergehen wider das Leben erwähnt.[1])

2. Als Objekt des Verbrechens erscheint die Leibesfrucht schlechthin. Der gemeinrechtliche Unterschied zwischen belebter und unbelebter Frucht, welcher für die rechtliche Qualifikation der Tat von so großer Bedeutung war, wurde abgetan. An seine Stelle trat im preuß. Landrecht (§ 986 a. a. O.) der Unterschied, ob die Abtreibung bis zur 30. Woche nach der Empfängnis oder später vorgenommen wurde. Diese Unterscheidung hatte aber wie die des hannoverschen Strafrechts (Art. 236 u. 237) bezüglich des größeren oder geringeren Reifegrades der Frucht nur den Zweck, eine Verschiedenartigkeit der Strafhöhe zu ermöglichen, nicht aber eine andere rechtliche Beurteilung der Tat selbst zu erzielen.

3. Zweifelhaft war, ob das Verbrechen wegen Verletzung oder schon wegen Gefährdung der Frucht unter Strafe zu stellen sei. Fest steht nur, daß die Abtreibung vom preuß. Landrecht und vom braunschweig. StGB. § 155 als Tötung, vom hannoverschen Gesetzbuch dagegen als Verletzung der Leibesfrucht auf-

---

[9]) Spangenberg a. a. O. S. 51.

[10]) vgl. Schütze a. a. O. S. 390 Anm. 4.

[1]) Bayern 1813 Art. 172, 173, Oldenburg 1814 Art. 177, 178, Sachsen 1838 Art. 128, 129, Württemberg 1839 Art. 253—255, Braunschweig 1840 § 155, Hannover 1840 Art. 236, 237, Thüringen 1850 Art. 127, 128, Preußen 1851 §§ 181, 182 (s. auch preuß. Landrecht Teil 2 Tit. 20 §§ 985—990), Sachsen 1855 Art. 160, 161, Bayern 1861 Art. 243—245, Hamburg 1869 Art. 128.

gefaßt ist. Für die übrigen Rechte ist diese Frage, die auch für die Frage, was als Erfolg angesehen wurde, so wichtig ist, wie gesagt, bestritten.[2])

4. Bei der Schwierigkeit, welche der Beweis, daß durch die angewendeten Mittel auch wirklich der verpönte Erfolg (wie immer dieser auch aufgefaßt sein mochte) eingetreten sei, haben einige Partikularrechte auf den Nachweis des Kausalzusammenhanges gänzlich verzichtet und ihn durch eine Präsumtion ersetzt derart, daß der Erfolg dem Täter zur Last fallen solle, wenn feststehe, daß Mittel angewendet waren, welche die Abtreibung bewirken konnten, und wenn diese erfolgte. So bestimmte der Art. 172 bayer. StGB. von 1813[3]): „Wenn eine Mutter, welche mit einem unzeitigen oder toten Kinde niedergekommen ist, zuvor äußere oder innere Mittel, welche eine zu frühzeitige Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können, in rechtswidrigem Vorsatze angewendet hat, so ist dieselbe der Strafe des vier- bis achtjährigen Arbeitshauses unterworfen".[4])

In ähnlicher Weise stellten die Gesetzbücher von Oldenburg, Hannover, Baden und Württemberg die Vermutung jenes Kausalzusammenhanges auf. Das württembergische Gesetzbuch ließ jedoch die Widerlegung gegenüber jener Vermutung zu.

5. Die Strafbarkeit des Versuchs der Abtreibung im deutschen Partikularrecht ergibt sich entweder aus der Fassung der Gesetze oder aus besondern wegen des Versuchs beigefügten Bestimmungen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers auch der Versuch des Verbrechens, mag er von der Schwangern selbst

---

[2]) s. hierüber besonders die Kontroverse zwischen v. Wächter, GS. Bd. 29 S. 3—7 einer- und Hälschner ebenda Bd. 32 S. 584—592 anderseits. Da die Frage auch für das geltende Recht von Bedeutung ist, so soll sie erst bei dessen Behandlung eingehende Berücksichtigung finden; s. auch Mittermaier im GS. 1855 S. 33.

[3]) Das bayer. StGB. von 1861 hat diese Präsumtion zugunsten des Nachweises des Kausalzusammenhanges wieder aufgehoben.

[4]) Rehm im GS. Bd. 8 S. 279 bemerkt hierzu: „Der Abortus ist als ein Ereignis, nicht aber als der Erfolg eines rechtswidrigen Willens an die Spitze gestellt, daher das Erfordernis des Nachweises des Kausalnexus von vornherein beseitigt".

oder von Dritten verübt sein, einer Strafe unterliegen solle.[5]) In dieser Beziehung verfügte das bayer. Strafgesetzbuch von 1813 in Art. 173 Abs. 2 die Zulässigkeit der Versuchsstrafe gegen Dritte, sofern diese wider Willen der Schwangern gehandelt hatten. Daraus rechtfertigt sich die Annahme eines im übrigen straflos gelassenen Versuchs der Abtreibung, sei es durch die Schwangere selbst oder durch dritte Personen.[6]) Das preuß. Gesetz von 1851 scheint die abtreibende Schwangere selbst der Strafe des Versuchs nicht unterworfen zu haben.[7])

6. Im allgemeinen wurde nur die dolose Abtreibung mit Strafe belegt. Wo einzelne Formen kulposer Abtreibung bestraft wurden, sind sie „in Gestalt von durch den Erfolg qualifizierten Gefährdungsdelikten mit Strafe bedroht".[8]) Als solche erscheinen im ALR. II, 20 §§ 888—964 Tötung der Frucht infolge von Verheimlichung der Schwangerschaft oder der Geburt und infolge Mißhandlung der Schwangern (Baden 1845 § 237, Hessen 1841 Art. 269 Abs. 2, Württemberg 1839 Art. 272, Braunschweig 1840 § 164).

7. Nach richtiger Ansicht galt, trotzdem es an ausreichenden Vorschriften dafür mangelte, im Partikularrecht die Rechtswidrigkeit der Abtreibung als ausgeschlossen, wenn sie zur Rettung des mütterlichen Lebens vorgenommen wurde (sogen. indizierte Perforation).[9])

8. Die Bestrafung der Abtreibung anlangend, die sich sowohl gegen die Schwangere als auch gegen Dritte richtete, ist zu bemerken, daß das Partikularrecht von der Todesstrafe

[5]) Hannover Art. 236, Hessen Art. 281, Braunschweig § 155, Baden Art. 253, 254, Sachsen 1838 Art. 128.

[6]) Zustimmend Rehm im GS. Bd. 8 S. 281.

[7]) So Mittermaier im GS. 1855 S. 17.

[8]) Radbruch a. a. O. S. 175.

[9]) s. hierzu Finkelnburg in Holtzendorffs Enzyklopädie 1881 Bd. 3 S. 33/34; Mittermaier im N. Arch. f. Krim. Bd. 8 S. 596ff.

[10]) Die Strafe der Schwangern und dessen, der die Mittel mit ihrem Einverständnis anwendet oder verschafft, ist durchweg die gleiche (Preußen 1851 § 181, Bayern 1861 Art. 243, Baden 1845 §§ 251, 252). Die härteste Strafandrohung für das einfache Verbrechen findet sich im allgem. Landrecht (bis zu 10 Jahren Zuchthaus), im preußischen Gesetze von 1851 (Zuchthaus bis zu 5 Jahren) und in Bayern 1813 (Arbeitshaus von 4—8 Jahren).

gänzlich Abstand nahm und sie durch Freiheitsstrafen ersetzte,[10]) die eine ausreichende Berücksichtigung qualifizierender Umstände zuließen.

Als solche erscheinen die Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren, welche von allen Partikularrechten bestraft wurde, die gewerbsmäßige Abtreibung (Bayern 1861 Art. 244, Hessen § 283) und die ihr verwandte durch Medizinal- usw. Personen (Hessen § 285). Ferner wurde die Strafe verschieden bemessen, je nachdem die Frucht einer ehelichen oder außerehelichen Erzeugung ihre Existenz verdankte (Nassau Art. 274, Hessen Art. 281, Hannover Art. 236), oder ob die Abtreibung in einem früheren oder späteren Stadium ihrer Entwicklung ausgeführt wurde (Hannover Art. 236).

II. Die Abtreibung im geltenden deutschen Recht.

I. Vorbemerkung.

Die Abtreibung ist in unserem Strafgesetzbuch im Abschn. 16, der von den Verbrechen und Vergehen wider das Leben spricht, in den §§ 218—220 behandelt. Vorbildlich sind für diese Gesetzesbestimmungen die §§ 181 u. 182 preuß. StGB. von 1851 gewesen. Diese sind vom geltenden Recht fast wörtlich übernommen worden. Es fehlen im § 218 Abs. 1 nur die Worte „durch äußere oder innere Mittel", die sich im § 181 preuß. StGB. vorfinden, und außerdem weist § 218 Abs. 2 eine Berücksichtigung mildernder Umstände bezüglich der abtreibenden Schwangeren auf, die § 181 a. a. O. nicht kennt. Statt des Wortes „dadurch" in § 182 Abs. 2 findet sich der Ausdruck „durch diese Handlung" in § 220 Abs. 2, auch ist das Strafmaß des zuletzt genannten Paragraphen gegenüber dem § 182 geändert. Während dieses aber nur Unterschiede von nicht prinzipieller Bedeutung sind, ist die Bestimmung des § 219 RStGB., welche die sogen. Lohnabtreibung behandelt, eine erst vom geltenden Recht eingeführte, dem preuß. Strafgesetzbuch unbekannte Neuerung. Das Reichsstrafgesetzbuch unterscheidet nun vier Fälle der Abtreibung:

1. die Abtreibung durch die Mutter (§ 218 Abs. 1);
2. die unentgeltliche Abtreibung durch einen Dritten mit Einwilligung der Mutter (§ 218 Abs. 3);
3. dasselbe Verbrechen gegen Entgelt begangen (§ 219);
4. die Abtreibung durch einen Dritten ohne Wissen oder Willen der Mutter (§ 220).

2. Das Objekt des Verbrechens.

Die Abtreibung wird begangen an einer „Leibesfrucht". Sie kann also nicht vorgenommen werden an einem „Menschen" im Sinne des Strafgesetzbuches, aber auch nicht (wenigstens nicht als vollendetes Delikt) an einer sogen. Mole, dem krankhaft verbildeten, nicht mehr entwicklungsfähigen menschlichen Ei.[1]) Da nun, wie erwähnt, ein Mensch nicht Objekt der Abtreibung sein kann, so ist die Frage von Wichtigkeit, von welchem Moment an ein Mensch im Sinne unseres Strafgesetzbuches vorhanden ist. Vier Ansichten sind hier vertreten. Nach der ersten beginnt der Mensch mit dem Anfange der Geburt, mit „denjenigen Wehen, welche ohne längere Unterbrechung zur Ausstoßung der Frucht führen".[2]) Eine zweite läßt die Menschenqualität eintreten mit dem Beginn der Möglichkeit der Lungenatmung.[3]) Nach der dritten Ansicht muß die Lungenatmung tatsächlich begonnen haben.[4]) Die Vertreter der vierten Meinung endlich verlangen einen teilweisen Austritt des Körpers aus dem Mutterleibe.[5]) Diese Ansicht beruht auf einer Gegenüberstellung der Bestimmungen der §§ 218 u. 217. Ersterer erkläre durch die Worte „eine Schwangere, welche ihre Frucht ... im Mutterleibe tötet", das Lebewesen „im Mutterleibe" noch als „Frucht". Anderseits deute § 217 durch die Bestimmung: „Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet", dadurch also, daß er die Bezeichnung „Kind" wähle, an, daß das Lebewesen schon „in der Geburt" ein Mensch sei (so Thomsen a. a. O.).

---

[1]) vgl. v. Fabrice a. a. O. S. 106, 50; Hälschner, Strafr. Bd. 2 S. 67; and. Ans. Olshausen-Zweigert Note 3 zu § 218.

[2]) So Frank S. 339 Vorbem. 1 zum Abschn. 16; Hälschner, Strafr. Bd. 2 S. 61; Olshausen-Zweigert Anm. 1 zu § 211; RGE. Bd. 9 S. 132, Bd. 26 S. 178.

[3]) So v. Liszt, Lehrb. S. 80 I und Birkmeyer in seiner Enzyklopädie 2. Aufl. 1904 S. 1162.

[4]) s. Wachenfeld in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie 1904 S. 294.

[5]) So Binding, Lehrb. bes. Teil 1 S. 37 f.; Merkel, Lehrb. S. 308 b; Meyer-Allfeld S. 388 Anm. 14; Thomsen, Strafr. bes. Teil 1907 S. 327; Jungmann a. a. O. S. 20; ebenso RGE. Bd. 1 S. 446.

Man wird der zuletzt erwähnten Ansicht den Vorzug geben müssen. Es ist ja nicht zu verkennen, daß dieser Standpunkt an einer gewissen Äußerlichkeit krankt, indem er auf die rein zufällige Tatsache, daß das Lebewesen noch völlig in oder erst teilweise außerhalb des Mutterleibes sich befindet, einen juristischen Unterschied von größter Tragweite aufbaut. Allein man kann Binding[6]) nur beipflichten, wenn er zur Begründung seines Standpunktes sagt: „Das Strafrecht braucht eine seinen eigenen Betrachtungsweisen angepaßte Scheidung zwischen dem geborenen und dem ungeborenen Menschen. § 1 BGB. läßt sehr verständig die zivilistische Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt beginnen. In medizinischen Kreisen besteht große Geneigtheit, den Anfang der Atmung als den Beginn eines Wesens neuer Existenz zu betrachten; auch sie hat für die Medizin ihre volle Berechtigung. Für die durchaus realistische Betrachtungsweise des Strafrechts muß eine lebendige Frucht, die so weit ausgetreten ist, daß sie von außen getötet oder verletzt werden kann, als geborener Mensch angesehen werden".

Die Frucht muß lebendig sein.[7]) Die gegnerische Meinung hat ihren letzten Grund darin, daß sie die Abtreibung nicht als ein Verletzungs-, sondern als Gefährdungsdelikt auffaßt.[8]) Es ist hierüber bei der Frage, was als Vollendung des Delikts der Abtreibung zu betrachten sei, zu sprechen.

Nicht erforderlich ist, daß die Frucht reif,[9]) wohl aber, daß sie lebensfähig sei.[10])

---

[6]) S. 37 a. a. O.

[7]) Binding a. a. O. S. 37; Hälschner, Strafr. Bd. 2 S. 67; Horch S. 37; Jungmann S. 20; Oppenhoff Note 3 zu § 218; Rüdorff S. 476 Nr. 3; Rubo, Strafges. 1879 S. 756; v. Schwarze, Strafges. 5. Aufl. 1884 S. 606; Schütze, Lehrb. Bd. 2 Aufl. 1874 S. 390; Sontag in Krit. VSchr. Bd. 19 S. 30f.; RGE. Bd. 4 S. 380.

[8]) So besonders v. Wächter, GS. Bd. 29 S. 9; s. auch Wahlberg in Zeitschr. f. Privat- u. öffentl. Recht Bd. 7 S. 125 ff.

[9]) Binding a. a. O. S. 37; Frank S. 346.

[10]) Frank ebenda; and. M. Olshausen-Zweigert Note 3 zu § 218 und Rüdorff a. a. O., welche annehmen, daß an einer Mole, d. i. an einer nicht lebensfähigen Frucht, das Verbrechen begangen werden kann.

3. Die Subjekte des Verbrechens.

a) Allgemeines.

Das Verbrechen der Abtreibung kann begangen werden von einer Schwangeren (§ 218 Abs. 1) oder von dritten Personen (§§ 218 Abs. 3, 219, 220). Bezüglich beider Gruppen müssen die allgemeinen Voraussetzungen der Deliktsfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit, Rechtswidrigkeit usw.) vorhanden sein. Was die Schwangere selbst anlangt, so ist es im Gegensatz zu den Bestimmungen anderer Rechte[1]) belanglos, ob es sich um eine ehelich oder unehelich Schwangere handelt. Es mag aber hervorgehoben werden, daß es sich um eine wirkliche, nicht etwa um eine vermeintliche Schwangere handeln muß.[2])

Diese Auffassung ist nicht unbestritten. So behauptet Radbruch,[3]) die Worte „eine Schwangere" am Anfang des § 218 Abs. 1 wollen nicht besagen, daß von einer nicht schwangeren Frau die Abtreibung nicht vollendet, sondern nicht einmal strafbar versucht werden könne, wie etwa ein Amtsverbrechen von einem Nichtbeamten nicht einmal versucht werden könne. Vielmehr zeige der Umstand, daß die Abtreibung auch von Dritten begangen werden könne, deutlich, daß die Schwangerschaft des Täters nicht Voraussetzung der Bestrafung sei.

„Die Frage", so fährt Radbruch fort, „ob auch die nur vermeintlich Schwangere sich der Abtreibung nach § 218 Abs. 1 schuldig machen kann, ist nicht eine Frage danach, ob sie taugliches Subjekt, sondern ob sie taugliches Objekt der Abtreibung, oder ob auch der Versuch am untauglichen Objekt strafbar ist."

Diese Ansicht Radbruchs muß als irrig bezeichnet werden. Es handelt sich hier nicht um die Frage, ob die Schwangere ein — taugliches oder untaugliches — Objekt der Abtreibung sei. Denn als solches kommt ja nach allgemeiner, fester An-

---

[1]) z. B. das römische Recht, s. oben.

[2]) vgl. hierzu Lucas, Anleitung Bd. 2 S. 84 und die daselbst zitierte RGE. Bd. 34 S. 220.

[3]) a. a. O. S. 164.

(sicht nicht sie selbst, sondern nur die Frucht in Frage. Radbruch gibt dies auch wenige Zeilen später selbst zu.) Ist dies aber der Fall, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht ebensogut dritte Personen wie die Schwangere selbst als Subjekte des Verbrechens in Frage kommen könnten. Der Umstand, daß das Verbrechen auch seitens Dritter begangen werden kann, beweist also nichts für die Richtigkeit der von uns bekämpften Theorie. Umgekehrt spricht aber für die Richtigkeit der hier vertretenen Meinung einmal der klare Wortlaut des Gesetzes „eine Schwangere", sodann aber auch der Umstand, daß tatsächlich zwei Personenklassen als Täter nebeneinander erwähnt werden, was überflüssig gewesen wäre, wenn das Gesetz bei der Täterin des Abs. 1 § 218 die Eigenschaft der Schwangerschaft nicht vorausgesetzt hätte. Denn dann wäre es einfacher und zugleich umfassender gewesen, nur zu bestimmen: „Wer eine Leibesfrucht abtreibt oder im Mutterleibe tötet usw."[4])

b) Die Art der Beteiligung der Verbrechenssubjekte an den Delikten der §§ 218—220.

α) Die Schwangere selbst.

Täterin der Abtreibung nach § 218 Abs. 1 kann nur die Schwangere selbst sein. Eine Mittäterschaft Dritter ist ausgeschlossen. Das Reichsgericht[1]) hat in dieser Beziehung mit u. E. überzeugenden Gründen dargetan, es könne zwar auch ein Dritter wegen Beteiligung an der im § 218 Abs. 1 vorgesehenen Abtreibung der Leibesfrucht als Anstifter oder Gehilfe[2]) straf-

[4]) Wäre die hier bekämpfte Ansicht richtig, dann müßte — unter der ferneren Voraussetzung der Richtigkeit der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht von der Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt — auch ein Mann sich des versuchten Verbrechens aus § 218 Abs. 1 schuldig machen können, und es müßte in der Tat zutreffen, was Radbruch weiter ausführt: „Die Worte ‚eine Schwangere' zu Anfang des § 218 Abs. 1 würden also an sich nicht verhindern, daß jener Mann, dem nach der Erzählung des Boccaccio lustige Gesellen die Überzeugung von seiner Schwangerschaft beibringen und sodann zur Abtreibung behilflich sind, der Strafe des § 218 Abs. 1 verfalle".

[1]) RGE. Bd. 29 S. 419.

[2]) RGE. Bd. 1 S. 270.

bar werden, es sei aber mit der rechtlichen Natur der Mittäterschaft nicht vereinbar, den bei der Abtreibung beteiligten Dritten als Mittäter anzusehen. Mittäter müßten nicht nur den gesamten Tatbestand des ins Werk zu setzenden Delikts in ihren Willen aufgenommen haben, sondern der Vorsatz jedes einzelnen Täters müsse auch auf die Ausführung der Tat als seiner eigenen gerichtet sein. Mit der Unmöglichkeit einer solchen Beschaffenheit der Willensrichtung falle auch die Möglichkeit der Konstruktion der Mittäterschaft. Als Subjekt erfordere § 218 Abs. 1 eine Schwangere oder (beim strafbaren Versuch) eine Person, die schwanger zu sein glaubt (?). Diese Voraussetzung sei bei dem Dritten, der sich wissentlich bei der Abtreibung beteilige, nicht vorhanden, und er könne ihre Tat unmöglich als seine eigene wollen, weil die Selbstbegehung bei ihm durch die Unmöglichkeit der Erfüllung eines wesentlichen Begriffsmomentes des Deliktes ausgeschlossen sei.

Bestritten ist die Frage, wie ein Zusammenwirken der verantwortlichen Schwangern mit einem Dritten auf ihrer Seite juristisch aufzufassen sei, ob man sie — selbstverständlich unter Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Dritten — als Mittäterin, Alleintäterin oder Gehilfin aufzufassen habe. Binding (Lehrb. S. 39) und andere[3]) sprechen sich für Mittäterschaft aus. Pfizer[4]) nimmt stets Alleintäterschaft an. Nach einer dritten Ansicht soll es auf die Art der Mitwirkung der Schwangeren ankommen, ob sie als Mittäterin oder Gehilfin anzusehen sei.[5])

Schließt man sich dem in Bd. 29 der Entscheidungen (S. 10) enthaltenen Reichsgerichtsurteile an, welches ausführt, daß es der Annahme einer Täterschaft seitens der Schwangern nicht

---

[3]) Meyer-Allfeld S. 386 Anm. 11; Rüdorff-Stenglein Note 2 zu § 218; Horch S. 51; Reichsanwaltschaft in RGE. Bd. 28 S. 164.

[4]) a. a. O. S. 47.

[5]) s. in dieser Beziehung besonders Hälschner, Strafr. Bd. 2 S. 70; Hälschner, GS. Bd. 32 S. 605 ff.; Olshausen Note 8 zu § 218; v. Liszt § 94 III, 1; Frank IV zu § 218; RGE. Bd. 1 S. 350, Bd. 28 S. 164; s. auch RG. (Entsch. Bd. 29 S. 419), das jedoch die Frage hauptsächlich vom Standpunkte des Dritten beleuchtet.

entgegenstehe, wenn sich diese nur duldend verhalte, so wird man die Frage im Sinne der erstgenannten Lehrmeinung zu entscheiden haben.[6])

Die Bestrafung der Schwangern tritt in jedem Falle nur aus § 218 Abs. 1 ein, auch wenn sie sich, was an sich sehr wohl denkbar wäre, als Anstifterin eines Dritten beispielsweise zum Verbrechen des § 219 betätigt haben sollte.[7])

Eine Beteiligung als (Mit-)Täterin, Gehilfen oder Anstifterin ist u. E. für die Schwangere im Falle des § 220 ausgeschlossen. Dagegen würden wir die Möglichkeit einer Anwendbarkeit des § 49a StGB. im letzteren Falle ihr gegenüber bejahen.

β) Dritte Personen.

Der Abs. 3 § 218 bedroht denjenigen Dritten, der mit Einwilligung der Schwangern die Mittel zur Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat. Die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmung ist bestritten. Pfizer[1]) wirft die Frage auf, ob es statthaft sei, die erwähnte Tätigkeit des Dritten als Beihilfe aufzufassen, oder ob man nicht vielmehr Urheberschaft und Täterschaft annehmen müsse. Er verneint die letztere Alternative, indem er bemerkt, sobald die Schwangere die Abtreibungsmittel an sich anwenden lasse oder deren Beibringung gestatte, werde sie für den Erfolg der Mittel tätig. Der Dritte erscheine als Gehilfe, seine Beihilfe sei allerdings eine wesentliche, welche sich von der Mittäterschaft im Grunde nicht mehr unterscheiden lasse.

Die Pfizersche Ansicht, welche jetzt wohl nirgends mehr Anerkennung findet, würde dazu führen, daß der Dritte nur dann strafbar wäre, wenn sich seine Tat als Beihilfe zu der

---

[6]) „Abs. 1 § 218", so sagt die erwähnte Entscheidung, „verlangt nicht mehr als ein vorsätzliches, auf Herbeiführung des strafbaren Erfolges gerichtetes Handeln der Schwangern, welches sowohl in einer positiven Tätigkeit wie in einem Dulden und Unterlassen bestehen kann". And. Ans. Thomsen S. 337, aber ohne Begründung.

[7]) vgl. hierzu v. Kries in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. Bd. 17 S. 534ff. und die daselbst zitierten Reichsgerichtsentscheidungen.

[1]) a. a. O. S. 43ff., 47.

von der Schwangeren selbst verübten Abtreibung darstellte, daß er daher im Falle seiner Alleinschuld wegen der akzessorischen Natur der Beihilfe straflos bleiben müßte.

Demgegenüber betont das Obertribunal zu Berlin,[2]) daß die im § 218 Abs. 3 vorgesehenen Handlungen, wenn sie nicht zum Gegenstande einer besonderen Strafsanktion gemacht wären, unter den Begriff der im § 49 StGB. definierten Beihilfe fallen würden, da jene Handlungen unzweifelhaft ein Hilfeleisten durch die Tat in bezug auf das in § 218 Abs. 1 bedrohte Verbrechen der Schwangern enthielten. Der Gesetzgeber habe es aber vorgezogen, jene Handlungen nicht nur aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Teilnahme bestrafen zu lassen, sondern dieselben als ein selbständiges Delikt zu konstruieren. Durch diese Aufstellung eines besonderen Delikts sei die Beurteilung von den rechtlichen Grundsätzen über die Beihilfe losgelöst.

Der Ansicht des Obertribunals, daß es sich im vorliegenden Falle um ein selbständiges Delikt handele, ist das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen beigetreten.[3]) Es nimmt aber abweichend von diesem Gerichte an, daß die Täterschaft oder Mittäterschaft der Schwangern nicht Vorbedingung für die Strafbarkeit des Dritten sei.[4])

Darüber, daß das unentgeltliche Verschaffen von Abtreibungsmitteln durch den Dritten sich als Beihilfe zu § 218 Abs. 1 qualifiziere, herrscht kein Streit.[5])

Dieselbe Kontroverse wie gegenüber den Bestimmungen des § 218 Abs. 3 erhebt sich auch gegenüber denen des § 219. Veranlassung hierzu sind die Worte „die ihre Frucht abgetrieben oder . . . getötet hat“ geworden. Sie scheinen zu besagen, daß

---

[2]) Goltdammers Arch. Bd. 22 S. 611. Man wird insoweit die dort allerdings nur in Rücksicht auf § 219 gemachten Ausführungen unbedenklich als auch für § 218 Abs. 3 gemacht gelten lassen dürfen; s. auch ebenda Bd. 20 S. 402; ferner Entsch. d. OTr. Bd. 36 S. 401; JustizminBl. 1854 S. 170; Goltdammers Arch. Bd. 5 S. 201—212.

[3]) RGE. Bd. 1 S. 350, Bd. 16 S. 184, Bd. 28 S. 164.

[4]) RGE. Bd. 1 S. 350.

[5]) s. u. a. RGE. Bd. 1 S. 270; Pfizer a. a. O. S. 44; Hälschner, Strafrecht Bd. 2 S. 72; Jungmann S. 25; Horch S. 45; Schwarze, Lehrb. S. 608 Nr. 12.

die Schwangere selbst erst die abtreibende Tätigkeit verübt haben müsse, damit der Dritte aus § 219 gestraft werden könne. So sieht Pfizer[6]) in der Tat des Dritten nur einen qualifizierten Fall der Beihilfe zu der von der Schwangern selbst begangenen Abtreibung. Das entgeltliche Verschaffen der Mittel an sich erscheint ihm nicht strafbar.

Das Reichsgericht erklärt,[7]) gestützt auf die Motive zum Strafgesetzbuch (S. 110 der amtlichen Ausgabe), daß die Bestrafung des Dritten als Täter aus § 219 allerdings die vollendete Abtreibung der Frucht zur Voraussetzung habe, hält aber die Fassung der Worte „einer Schwangeren, welche usw. oder gegetötet hat", insofern für unglücklich gewählt, als dadurch der Anschein erweckt werde, als werde die Schwangere selbst als Täterin vorausgesetzt. Letztere Ansicht wird aber wie für den Fall des § 218 Abs. 3 ausdrücklich abgelehnt.

Hälschner[8]) unterscheidet zwischen Verschaffen der Mittel einer- und dem Anwenden oder Beibringen anderseits. Das engeltliche Verschaffen setzt nach seiner Meinung eine Täterschaft der Schwangern voraus und stellt sich rechtlich als qualifizierter Fall der Beihilfe dar. Entfällt die Abtreibung durch die Schwangere, so entfällt auch seiner Ansicht nach die Möglichkeit, das Verschaffen als Beihilfe zu bestrafen.[9])

Anders liegt die Sache nach dieser Lehrmeinung im Falle des Anwendens oder Beibringens. Hier sei der Fall eines durchaus selbständigen Delikts gegeben, und die Bestimmung, daß die Sehwangere ihre Frucht abgetrieben oder getötet haben müsse, sei ein Fehler in der Redaktion des Gesetzes.

Unseres Erachtens verdient die Ansicht des Reichsgerichts wegen ihrer Berufung auf die Motive den Vorzug. Sie ermög-

---

[6]) a. a. O. S. 48.

[7]) RGE. Bd. 1 S. 350, Bd. 1 S. 194, Bd. 4 S. 302, Bd. 3 S. 162.

[8]) GS. Bd. 32 S. 598 ff.; der gleichen Ansicht wie Hälschner ist in bezug auf das Verschaffen offenbar auch Binding, Lehrb. bes. Teil Bd. 1 S. 40.

[9]) Jede andere Art der Beihilfe, die nicht durch Verschaffen begangen wird, will Hälschner, auch wenn sie gegen Entgelt begangen wird, nur als Beihilfe gemäß § 218 Abs. 1 bestraft wissen.

licht außerdem eine Bestrafung anderer Personen — nicht aber, wie das Reichsgericht meint, auch der Schwangern — als Gehilfen und Anstifter, als Mittäter[10]) und aus dem Gesichtspunkt des § 49a.[11])

4. Vorsatz und Fahrlässigkeit; das Moment der Rechtswidrigkeit.

a) Vorsatz und Rechtswidrigkeit.

Die Abtreibung muß, um nach geltendem Rechte strafbar zu sein, vorsätzlich begangen werden. Eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf fahrlässig begangene Abtreibung, wie sie die ausländische Gesetzgebung zum Teil kennt,[1]) findet dagegen nicht statt.

Was nun den Vorsatz selbst anlangt, so sind darin alle beachtenswerten Stimmen einig, daß er seine Richtung gegen die Frucht nehmen müsse.[2]) Vereinzelt (Jungmann S. 30) wird auch die Ansicht vertreten, da die Frucht pars ventris der Schwangern und die Vernichtung der Frucht nur möglich sei, wenn der Täter in die Körperintegrität der mit der Frucht organisch verbundenen Schwangern eingreife, so richte sich der Vorsatz bei der Abtreibung stets gegen zwei Rechtsgüter: das Leben der Frucht und die Körperintegrität der Schwangern. Hieraus wird dann gefolgert, daß das Verbrechen des § 220 vollendet sei, wenn entweder die Tötung der Frucht gelungen oder durch die Handlung eine Verletzung bezw. der Tod der Schwangern verursacht worden sei; denn mit der Verletzung sei

---

[10]) RGE. Bd. 1 S. 350; s. v. Kries a. a. O.

[11]) RGE. Bd. 28 S. 24.

[1]) s. über das — hier nicht weiter interessierende — Recht des Auslandes Radbruch S. 175.

[2]) s. oben das Objekt des Verbrechens. Es soll hiermit keineswegs geleugnet werden, daß sich mit dem Vorsatz gegen die Frucht ein solcher gegen die Schwangere verbinden könne; nur seiner Annahme in jedem Falle möchten wir widersprechen.

ein Teil des verbrecherischen Vorsatzes mit der Richtung gegen die Schwangere verwirklicht worden.[3])

Diese Auffassung muß als irrig bezeichnet werden. Nicht weil der Vorsatz sich auch gegen die Schwangere richte, wird im vorliegenden Falle gestraft, sondern trotzdem er nicht die bezeichnete Richtung nahm, trotzdem möglicherweise lediglich der Zufall die Hand im Spiele hatte. Genaueres darüber ist späterer Erörterung vorzubehalten.

Mit der Feststellung, daß sich der Vorsatz bei der Abtreibung gegen die Frucht richte, ist er jedoch noch nicht genügend gekennzeichnet. Es ist vielmehr noch die Frage zu erörtern, ob sich der Vorsatz stets auf Tötung der Frucht richten müsse oder nicht (Tötung im Mutterleibe und durch Abtreibung). Die herrschende Meinung entscheidet die Frage durchaus im Sinne der ersteren Alternative.[4]) Da nun beide Lehrmeinungen ihre notwendige Ergänzung und Begründung dem Standpunkte entlehnen, den sie in der Frage einnehmen, was als (dem Vorsatz entsprechender) Erfolg des in Rede stehenden Verbrechens anzusehen sei, so erübrigt sich eine genauere Auseinandersetzung über diesen Punkt an dieser Stelle, und es soll hier nur bemerkt werden, daß wir den Standpunkt der herrschenden Lehre vertreten.

---

[3]) Jungmann beruft sich hier zur Unterstützung seiner Ansicht auf Hälschner, v. Schwarze und Horch. Diese Berufung muß als sehr oberflächlich bezeichnet werden: Hälschner, Strafrecht Bd. 2 S. 74 ist genau gegenteiliger Ansicht; v. Schwarze S. 610 spricht sich über die Frage nicht aus, wenn er auch aus anderen — hier nicht zu erörternden — Gründen zum gleichen Resultat kommt wie Jungmann, und Horch S. 54 erklärt die Nebenabsicht der Tötung oder Verletzung der Schwangern nicht geradezu für ausgeschlossen.

[4]) Binding, Lehrb. S. 38; Frank a. a. O. S. 346 III; Hälschner, Strafrecht Bd. 2 S. 67; Rüdorff S. 476; Rubo S. 756; Schütze S. 391; v. Schwarze S. 608; Sontag, Krit. VSchr. Bd. 19 S. 32; RGE. Bd. 4 S. 380; die hauptsächlichsten Gegner dieser Ansicht sind v. Wächter, GS. Bd. 29 S. 7ff.; Meyer-Allfeld S. 388 und v. Liszt § 94, 5; Ortloff, GS. Bd. 34 S. 445; Merkel S. 309.

b) Das Moment der Rechtswidrigkeit.

Daß die vorsätzliche Abtreibung rechtswidrig sein müsse, wird allgemein — von einem Teil der Autoren als selbstverständliche Voraussetzung — anerkannt.[1]) Es fragt sich nun, in welchen Fällen ein Ausschluß der Rechtswidrigkeit vorliege und wie er juristisch zu begründen sei. Hälschner a. a. O. meint, einmal sei die Abtreibung nicht rechtswidrig, „wenn trotz der dem Täter bewußten Gefährdung des Lebens der Frucht die Absicht, die Frucht zu töten, mangelt und eine künstliche Frühgeburt nur in der Absicht, das Leben der Mutter und womöglich auch das des Kindes zu erhalten, bewirkt wird". Zum andern erwähnt er die absichtliche Tötung der Frucht zur Rettung der Mutter in den Fällen, wo das Kind nicht auf natürlichem Wege geboren werden könne (sogen. indizierte Perforation).

Den erstgenannten Fall an dieser Stelle zu erwähnen, halten wir für bedenklich. Zunächst die Worte „wenn die Absicht, die Frucht zu töten, mangelt"! Nach ihrer Stellung beziehen sie sich sowohl auf die beabsichtigte Rettung der Mutter als auch auf die des Kindes.[2]) Es läßt sich nun selbstverständlich die Absicht der Lebensrettung des Kindes mit der seiner Tötung nicht vereinbaren. Die Worte müßten also genauer nicht „wenn ... mangelt", sondern „weil ... mangelt" lauten. Faßt man sie aber so auf, so enthalten sie einen inneren Widerspruch zu der ja auch von Hälschner (a. a. O. S. 66) vertretenen Lehre, daß

---

[1]) Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 37ff.; Hälschner, Strafrecht Bd. 2 S. 67ff.; Horch S. 38; Jungmann S. 30; Lucas a. a. O. S. 135; Meyer-Allfeld S. 388; Olshausen Note 4 zu §§ 211 u. 218; RGE. Bd. 25 S. 376ff.

[2]) Eine Absicht, die Mutter unter Tötung des Kindes zu retten (die erwähnte Perforation), kann hier nicht gemeint sein, da sie ja gleich darauf als zweiter Fall genannt wird. Stände Hälschner auf dem Standpunkte derer, welche die Abtreibung, wie v. Liszt u. a., als Gefährdungsdelikt auffassen, so wäre die Erwähnung des erstgenannten Falles an dieser Stelle allerdings gerechtfertigt. Denn dann wäre es gleichgültig, ob Tötungsvorsatz bezüglich der Frucht vorliege oder nicht, da man dann auch die zur Rettung der Mutter bewirkte Frühgeburt besonders als nicht rechtswidrig zu erwähnen verpflichtet wäre.

die Abtreibung begrifflich Tötungsvorsatz gegen die Frucht voraussetze. Wir haben es daher nicht mit einem Umstande zu tun, der die Rechtswidrigkeit und folgeweise die Strafbarkeit ausschließt, sondern es fehlt an einem subjektiven Tatbestandsmerkmal selbst, nämlich dem Tötungsvorsatz, so daß also nicht nur keine rechtswidrige, sondern überhaupt keine Abtreibung vorliegt.

Anders verhält es sich mit der erwähnten Perforation. Ihre Zulässigkeit war früher lange Zeit in juristischen und medizinischen Kreisen streitig.[3]) Heutzutage ist ihre Berechtigung wohl allgemein anerkannt, und es fragt sich nur, wie sie juristisch zu begründen sei. Man wird unterscheiden müssen, ob die Perforation von der Schwangern selbst oder einem ihrer Angehörigen, oder ob sie von einem Dritten, etwa dem Arzt oder der Hebamme vorgenommen wird. Der erstgenannten Personengruppe gegenüber kann die Perforation als Notstandshandlung im Sinne des § 54 StGB. erscheinen. Das Reichsgericht hat in dieser Beziehung ein bemerkenswertes — von wahrhaft humanem Geiste zeugendes — Urteil gefällt.[4]) Ausgehend davon, daß die Notstandshandlung der Schwangern oder ihrer Angehörigen zu ihrer Straflosigkeit dreierlei erfordere: eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben der Schwangern, die Unmöglichkeit der anderweitigen Beseitigung des Notstandes als durch Abtreibung und schließlich, daß der Notstand unverschuldet sei, entwickelt das Reichsgericht zunächst in der ersterwähnten Richtung seine Grundsätze. Es führt aus, daß zwar dasjenige Maß der mit einer Schwangerschaft und Entbindung verknüpften Leiden und Gefahren, das für die jeweilige Konstitution der einzelnen Frauensperson als das normale zu betrachten sei, unter den Begriff einer Notstandshandlungen rechtfertigenden „Gefahr für Leib oder Leben“ nicht zu bringen sei, daß vielmehr, wenn von letzterer die Rede sein solle, dieses Maß in einer nicht unwesentlichen Weise überschritten sein

[3]) vgl. Mittermaier in Bd. 8 des N. Arch. des Kriminalrechts S. 596—609; Finkelnburg in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 33/34.

[4]) RGE. Bd. 36 S. 334ff.

müsse. Inwieweit außerhalb dieser bezeichneten Grenzen liegende, aber vorübergehende Leiden dabei einen Notstand zu begründen vermöchten, sei nach den konkreten Umständen zu bemessen und „grundsätzlich nicht bloß um des voraussichtlichen Vorübergehens des Zustandes willen zu verneinen“. Das Reichsgericht verlangt dann weiter für die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr eine solche Wahrscheinlichkeit des Eintritts, welche diesen nach dem erfahrungsmäßigen Verlaufe der Dinge als nahe und unvermeidbar erscheinen lasse. Der Annahme der Gegenwärtigkeit der Gefahr stehe nicht entgegen, daß das schädigende Ereignis, die Entbindung, erst nach Monaten zu erwarten sei, vorausgesetzt, daß Leib und Leben der Schwangern bereits durch das Bestehen der Schwangerschaft gefährdet sei. Es müsse jedoch verlangt werden zur Rechtfertigung der Perforation, daß diese das einzige in Betracht kommende Mittel darstelle.[5])

Bezüglich des letzten der obenerwähnten Erfordernisse, daß der Notstand „unverschuldet“ sein müsse, betont das Reichsgericht, besonders die Verhältnisse zwischen Ehegatten ins Auge fassend, es könne keinem Zweifel unterliegen, daß ein Verhalten, das nicht die Merkmale der Pflichtwidrigkeit an sich trage, als ein die Unanwendbarkeit des § 54 a. a. O. herbeiführendes „Verschulden“ nicht in Frage kommen könne. Ob die normale Vollziehung des Beischlafs zwischen Ehegatten sich als pflichtwidriges Handeln charakterisiere, unterliege der Prüfung des Einzelfalles. Die immerhin mögliche Unübersehbarkeit der konkreten Umstände dürfe aber nicht zu einer Präsumtion der Pflichtwidrigkeit, sondern angesichts dessen, daß ein an sich rechtlich erlaubtes Tun den Gegenstand der Würdigung bilde, nur zu ihrer Unbeweisbarkeit führen. Besonders dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, daß auch nicht unter allen Umständen darin allein, daß jemand in der Voraussicht der möglichen Verursachung eines

[5]) Letztgenannte Auffassung scheint uns allerdings zu streng zu sein. Soll man der Mutter zumuten, wenn Kaiserschnitt und Perforation im speziellen Falle gleiche oder nahezu gleiche Chancen für die Beseitigung der Notlage bieten, für ersteres Mittel sich zu entscheiden bloß deshalb, weil Perforation in diesem Falle nicht das einzige Mittel ist?

schädigenden Ereignisses handle, die Erfordernisse des Verschuldens gegeben seien. Es müsse hinzukommen, daß die Vornahme der Handlung (d. i. Beischlafs) im gegebenen Falle eine Nichterfüllung desjenigen Maßes von Aufmerksamkeit und Rücksicht auf das Allgemeinwohl in sich schließe, dessen Leistung vom Handelnden billigerweise gefordert werden dürfe.

Wie ist nun aber die Handlung des Arztes, der Hebamme oder eines Laien im Fragefalle zu beurteilen? Als überhaupt indiskutabel kann man zunächst die Ansicht ausschalten, welche die Rechtmäßigkeit der Perforation mit Notwehr begründet.[6]) Aber auch davon kann keine Rede sein, daß es sich hier um eine Notstandshandlung im Sinne des § 54 StGB. handele. Denn die Voraussetzung der Anwendung dieses Paragraphen, daß die Handlung zur Rettung des Täters oder eines Angehörigen verübt werde, ist hier nicht vorhanden. Trotzdem hält v. Schwarze[7]) an diesem Standpunkt fest, indem er den Arzt zum Werkzeug der einwilligenden Mutter degradiert und daher die Beschränkung des § 54 auf „Angehörige“ hier nicht für anwendbar erklärt. Dagegen ist mit Rotering[8]) zu bemerken, daß diese Ansicht den Bestimmungen des § 44 StGB. zuwiderlaufen dürfte, nach welchen der als Täter angesehen wird, der eine strafbare Handlung ausführt. Außerdem läßt die bekämpfte Ansicht den Fall ungeklärt, in dem sich dem Arzte keinerlei Anhaltspunkte dafür bieten, ob er eine „Konnivenz“ der Schwangeren zur Vornahme der Operation annehmen könne oder nicht.

Einen Schritt weiter tut Binding, welcher zwar eine Notstandshandlung innerhalb des engen Rahmens des § 54 StGB. nicht für vorliegend erachtet, aber doch an jene Gesetzesbestimmung anknüpft. Er sagt[9]): „Der Grundsatz, daß Verletzungen zur Kehrung eines Notstandes rechtliche Billigung zu finden haben, reicht weit über die engen Grenzen des § 54 hinaus, wenn auch freilich nur nach ungeschriebenem, nicht nach geschriebenem Recht“. Neben dieser die Gesetzesanalogie

---

[6]) Hertz, Unrecht Bd. 1 S. 105; Rubo a. a. O. S. 758 Nr. 11.

[7]) a. a. O. S. 237 Nr. 9 zu § 54.

[8]) Rotering in Goltdammers Arch. Bd. 30 S. 188.

[9]) a. a. O. S. 38.

zur Anwendung bringenden Ansicht steht eine andere, die die Rechtmäßigkeit der ärztlichen Perforation als auf Gewohnheitsrecht beruhend hinstellt.[10]) Allein, wenn überhaupt, so dürfte diese Meinung doch nur höchstens auf den Arzt selbst, nicht aber auf den für ihn einspringenden Laien anwendbar sein.

Von anderer Seite[11]) wird die Rechtmäßigkeit der Perforation dann angenommen, wenn sie in pflichtmäßiger — nach wissenschaftlichen Regeln erfolgter — Ausübung des ärztlichen Berufs, also als Ausfluß einer Berufspflicht vorgenommen erscheine. Diese Berufspflicht gebiete dem Arzte, die Mutter zu retten, „selbst unter Vernichtung des zu einer Selbständigkeit noch nicht gelangten und deshalb noch einen Teil der Mutter bildenden ... Kindes“ (Olshausen a. a. O.). Abgesehen von der letzteren, nicht zu billigenden Auffassung der Frucht als pars ventris[12]) läßt die erwähnte Meinung eine Berücksichtigung der Fälle vermissen, in denen ein Laie unter dem Zwange der Verhältnisse die Perforation ausführt. Außerdem können die „Anschauungen ärztlicher Kreise“ (v. Liszt a. a. O.) wohl die Perforation als zweckmäßig und deshalb im gegebenen Falle als pflichtmäßig im Sinne ärztlicher, aber nicht als rechtmäßig im Sinne juristischer Regeln erscheinen lassen.[13])

Daher legen andere das Hauptgewicht darauf, daß die Perforation sich darstelle als eine ärztliche Operation, daß sie deshalb auch nur unter den gleichen Voraussetzungen für gerechtfertigt zu erklären sei wie diese. Der Grund der Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe wird nun darin gefunden, daß der Staat selbst sich die Förderung der auf Erhaltung des leiblichen

---

[10]) Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898, S. 72; Jungmann a. a. O. S. 36.

[11]) v. Liszt § 35 III; Olshausen Note 4 zu § 211; Lucas a. a. O. S. 182.

[12]) Diese Eigenschaft der Frucht wird für das geltende Recht auch noch von v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung (Festschr. für Bekker 1899) S. 11 behauptet.

[13]) So auch Radbruch a. a. O. S. 170 Anm. 2. Hiermit erledigt sich auch die Behauptung Mittermaiers, N. Arch. Bd. 8 S. 597, die nach den Regeln der Wissenschaft vorgenommene pflichtgemäße ärztliche Abtreibung sei nicht Gegenstand krimineller Untersuchung.

Wohles seiner Angehörigen gerichteten Tätigkeit zur Aufgabe mache und damit dem Heilzwecke und den zu seiner Verfolgung dienlichen Mitteln seine Anerkennung verleihe.[14]) Hierzu ist zu bemerken, daß die Perforation sich doch insoweit von andern Operationen unterscheidet, als der Heilzweck bei ihr nur zu erreichen ist durch Verletzung nicht der zu Heilenden selbst, sondern eines andern Wesens, des Fötus. Auf dieses Bedenken machen Radbruch[15]) und Rotering (a. a. O.) aufmerksam, die aber das gestörte Gleichgewicht dieser Lehre durch den Hinweis auf die soziale Inferiorität des Fötus der Mutter gegenüber und durch die als sicher nach der Regel des Lebens anzunehmende Unmöglichkeit seiner Menschwerdung wiederherstellen.

Wir halten die zuletzterwähnte Ansicht mit der genannten Modifikation für richtig. Wir treten ihr[16]) auch insofern bei, als wir verlangen, daß der die Perforation Ausführende sich vorher nach Möglichkeit der Einwilligung der Mutter oder anderer Angehöriger versichert, halten dies aber doch nicht für so wesentlich, als daß wir dem Arzte nicht gestatten sollten, in dem Falle auch von einem bestimmt ausgesprochenen Verbote der Schwangeren, die Perforation vorzunehmen, abzuweichen, als der Kaiserschnitt sich nach pflichtmäßigem Ermessen des Arztes im gegebenen Falle als Kunstfehler darstellen würde, der den wahrscheinlichen Untergang von Mutter und Kind zur Folge hätte.

5. Die objektive Seite des Verbrechens.

a) Die äußere Handlung.

Der verbrecherische Wille findet seinen Ausdruck in der Handlung. Diese ist bei der Abtreibung vom Beginn der Empfängnis an bis zum Augenblick der Menschwerdung der Frucht

[14]) Meyer-Allfeld S. 218ff.; Rotering a. a. O. S. 184.

[15]) S. 170 a. a. O.; s. auch Hälschner, Strafr. Bd. 2 S. 68 u. Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation 1889 S. 32.

[16]) s. Meyer-Allfeld a. a. O.

möglich und besteht in einem Anwenden, Beibringen und außerdem im Falle des § 219 in einem Verschaffen der Abortivmittel. Das Anwenden bezieht sich auf die Einwirkung auf den Körper der Schwangern oder direkt auf die Frucht von außen her durch mechanisch wirkende Abtreibungsmittel. Als solche sind zu erwähnen der Eihautstich, das Kneten des Leibes der Schwangern, die Einführung von Preßschwamm in die Vagina u. a. Daß das Anwenden sich auch auf den Gebrauch psychisch wirkender Mittel, z. B. Erregung einer Schreckempfindung bei der Schwangern, beziehe, ist zwar bestritten, dürfte aber unbedenklich zu bejahen sein.[1]) Unter Beibringung ist die innerliche Einwirkung auf den Organismus der Schwangern mittels dynamisch wirkender Abtreibungsmittel zu verstehen. Zu diesen gehört die Unzahl der sogen. Abortive oder Abtreibungstränke.[2]) In redaktioneller Beziehung ist zu dem Worte „beigebracht" noch zu bemerken, daß der § 181 preuß. StGB., das Vorbild der geltenden Gesetzesbestimmung, statt dessen „verabreicht" sagte, also eine an sich helfende Tätigkeit zur Täterhandlung erhob.[3]) Eine solche Beihilfehandlung ist — in etwaiger Ermanglung der Voraussetzungen des § 219 StGB. — auch das „Verschaffen" von Abortivmitteln. Als ein Verschaffen wird es vom Reichsgericht[4]) auch angesehen, wenn jemand das selbstbereitete Abortivmittel der Schwangern reicht mit der Aufforderung, davon zu trinken.

b) Der Erfolg.

Die §§ 218 ff. erwähnen als Erfolg der verbrecherischen Handlung die Abtreibung oder Tötung der Frucht im Mutterleibe. Was unter der letzteren zu verstehen ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Eine heftige Kontroverse ist aber über die Bedeutung des Begriffs „Abtreibung" im Sinne der gesetz-

[1]) Im Sinne des Textes Radbruch S. 166; Olshausen Note 3 zu § 218 und Horch S. 45. And. Ans. Jungmann S. 24.

[2]) Eine Zusammenstellung dieser in ihrer Wirkung zum Teil sehr unzuverlässigen Mittel findet sich bei v. Fabrice a. a. O. S. 54–96.

[3]) s. Hälschner, Strafrecht Bd. 2 S. 69.

[4]) RGE. Bd. 1 S. 270.

lichen Bestimmung entstanden. Wie bereits erwähnt,[5]) stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber. Die eine erklärt Abtreiben für gleichbedeutend mit Töten durch Abtreiben, d. h. durch die gewaltsame, vorzeitige Ausstoßung der Frucht aus dem Mutterleibe. Diese Meinung verlangt daher als Voraussetzung den Beweis des Lebens der Frucht und als Erfolg in jedem Falle deren Tötung. Diese Anschauung, deren Hauptverfechter Hälschner ist, kann als vorherrschend bezeichnet werden. Die gegnerische Ansicht (besonders v. Wächter) sieht in dem Abtreiben oder im Mutterleibe Töten nicht etwa nur koordinierte Erscheinungsformen desselben Erfolges, sondern sie faßt sie in bezug auf den Erfolg als Gegensätze auf. Sie hält diesen Erfolg hinsichtlich des „Abtreibens" nicht erst dann für gegeben, wenn die Frucht durch diese Handlung getötet ist, sondern schon dann, wenn es infolge doloser Anwendung der Abortivmittel zu einer Frühgeburt gekommen ist. Ein weitergehender, auf Tötung gerichteter Vorsatz wird daher in diesem Falle, wenn er überhaupt verlangt wird,[6]) als insoweit irrelevant von dieser Lehre behandelt.

Die Bedeutung obiger Streitfrage ist ohne weiteres klar. Es ist daher zur Gewinnung des richtigen Standpunktes ihr gegenüber nötig, auf ihre Begründung näher einzugehen. Es mag zunächst die Ansicht des Hauptgegners der herrschenden Lehre, v. Wächter, folgen.

Wächter[7]) geht bei seiner Erörterung der Frage, ob Todeserfolg zur Deliktsvollendung der „Abtreibung" erfordert werde, auf das frühere gemeine deutsche Recht und auf die Partikularrechte zurück. Er stellt fest, daß die Carolina das Verbrechen als vorsätzliche Bewirkung des gewaltsamen Abganges einer Frucht und dadurch bewirkte Tötung aufgefaßt habe. Sie habe daher den Beweis verlangen müssen einmal, daß die Frucht zur Zeit des gewaltsamen Abgangs gelebt habe, und sodann, daß dieser gewaltsame Abgang kausal für den Tod der Frucht gewesen sei. Anders sei mit Rücksicht auf die

---

[5]) s. Fußnote 4 S. 32.

[6]) So vereinzelt von Rubo a. a. O. S. 756; v. Wächter, GS. S. 9.

[7]) GS. S. 1ff.

Schwierigkeit der Herstellung dieses Kausalzusammenhanges der Standpunkt der meisten deutschen Partikularrechte gewesen. Mit Ausnahme des braunschweig. Strafgesetzbuches, das in § 155 dem ehemaligen gemeinen Rechte gefolgt sei, hätten die Partikularrechte Begriff und Vollendung des Abtreibungsverbrechens von dem Beweise, daß die Frucht zur Zeit der Tat gelebt habe und erst durch die Abtreibung getötet sei, nicht mehr abhängig gemacht, sondern hätten das bloße Faktum des gewaltsamen, widerrechtlichen Abganges der Leibesfrucht zur Bestrafung für ausreichend gehalten. Die meisten Partikularrechte unterschieden sonach zwei Verbrechen, Tötung der Frucht im Mutterleibe und als zweites, besonderes Verbrechen, Abtreibung derselben.

Wächter geht sodann auf die Quelle der jetzigen Bestimmungen über die Abtreibung, nämlich auf den § 181 preuß. StGB. über. Er bekämpft die Ansicht Goltdammers (Mat. Bd. 2 S. 388, 389), der behauptet, dieses Gesetzbuch habe die Abtreibung durchaus als Tötung des Embryo aufgefaßt. Es lasse sich weder, wie Goltdammer wolle, aus der hohen Bestrafung noch auch aus der Stellung des Verbrechens unter dem Titel „wider das Leben“ etwas für die Richtigkeit jener Lehre folgern, da ja einmal der Tod der Frucht die gewöhnliche Folge der Tat sei, sodann ja aber auch das Verbrechen der Aussetzung unter denselben Titel gestellt sei, ein Verbrechen, von dem es als ausgemacht zu gelten habe, daß es nicht als ein solches der Tötung aufgefaßt werden könne. Endlich sei in den Verhandlungen über das Gesetz von 1851 nicht der geringste Anhaltspunkt dafür zu finden, daß man sich an das ehemalige gemeine Recht habe anschließen wollen.

Aber auch bei etwaiger anderer Auslegung dieser erwähnten Quelle unseres Gesetzbuches könne doch der von den Worten abweichende Sinn der Quelle für den Sinn der §§ 218 ff. StGB. nicht entscheidend sein. Auf diesen, nicht auf den gleichlautenden Wortlaut der übernommenen Gesetzesbestimmung komme es bei der Interpretation an. Daher seien die Vorschriften unseres Gesetzbuches lediglich aus sich selbst heraus zu erklären. Von ihnen behauptet nun Wächter (a. a. O. S. 9), es

fehle jeder Anhaltspunkt, sie restriktiv zu interpretieren oder Distinktionen in sie hineinzutragen, welche von ihnen weder gemacht noch irgend angedeutet würden. Daher faßt v. Wächter folgende Fälle der Abtreibung zusammen: 1. das Kind wird tot geboren, und es gelingt der Nachweis des Lebens der Frucht zur Zeit der Abtreibung und des Kausalzusammenhanges zwischen Handlung und Tötung; 2. denselben Fall, jedoch ohne diesen doppelten Nachweis; 3. den Fall, daß das lebend abgetriebene Kind infolge der Abtreibung stirbt; 4. endlich den Fall, daß das Kind lebend geboren wird und am Leben bleibt.

Diese so skizzierte Wächtersche Lehre macht Hälschner[8]) zum Ausgangspunkt seiner zur Begründung der herrschenden Lehre dienenden Polemik. Er weist zunächst, den Standpunkt der Partikularrechte betreffend, nach, daß nur ein einziges Strafgesetzbuch, das von Hannover im Art. 236, den Tatbestand der Abtreibung der Wächterschen Lehre entsprechend feststelle. Bezüglich aller übrigen sei der Standpunkt der herrschenden Lehre als richtig anzunehmen. Für diese Gesetzbücher sei das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 vorbildlich gewesen; und bezüglich desselben, das in Art. 172 zum Tatbestande des Verbrechens u. a. fordere, daß „eine Mutter mit einem unzeitigen oder toten Kinde niedergekommen ist", sei die Wächtersche Anschauung, das Gesetz verlange zur Verbrechensvollendung Tötung im Mutterleibe oder eine zu frühzeitige Entbindung, nur richtig, wenn man unter einem unzeitigen Kinde ein jedes verstehe, das vor dem 280. Schwangerschaftstage, als dem erfahrungsmäßig normalen Zeitpunkte geboren werde. Dies entspreche aber nicht dem medizinischen Sprachgebrauch; denn dieser unterscheide von der Geburt eines völlig reifen Kindes die Frühgeburt, erfolgend vor der 38., aber nach vollendeter 30. Schwangerschaftswoche; hierbei sei das Kind lebensfähig in dem Sinne, daß seine Erhaltung möglich und aussichtsvoll sei. Der medizinische Sprachgebrauch unterscheide aber ferner die Fehlgeburt, Abortus, die vor der 30. Woche und vor erlangter Lebensfähigkeit erfolge. Es werde

[8]) GS. Bd. 32 S. 585 ff.

ferner als Abortus i. e. S. die in die ersten 16 Schwangerschaftswochen fallende und als unzeitige die nach der 16. und vor der 30. Woche erfolgende Fehlgeburt bezeichnet. Könne also schon nach dem Sprachgebrauch angenommen werden, daß das Gesetz, wenn es sich des Ausdrucks „unzeitiges Kind" bediene, damit ein zwar lebend geborenes, aber vermöge seiner Unzeitigkeit gestorbenes Kind, nicht aber eine am Leben gebliebene Frühgeburt verstanden habe, so müsse diese Ansicht mit Rücksicht auf die Anmerkungen zum bayerischen Gesetzbuch als die allein zulässige betrachtet werden. Denn daß diese Anmerkungen in allen Fällen Tötung des Kindes zum Tatbestande der Abtreibung forderten, ergebe sich daraus, daß sie es für nötig gehalten hätten, es besonders zu rechtfertigen, daß die Abtreibung nicht gleich dem Kindesmorde gestraft werde. Sie hätten das damit begründet, daß sich die Gewißheit der Tötung durch die angewendeten Abortive nicht herstellen lasse, und daß deshalb die Abtreibung mehr nur auf der Linie des Versuchs der Tötung stehe und entsprechend zu strafen sei.

Hälschner bespricht sodann (S. 589 a. a. O.) den § 181 preuß. StGB. Er erinnert daran, daß das allgem. Landrecht und das in der Rheinprovinz geltende französische Recht ebenso wie die Mehrzahl der deutschen Partikularrechte zur Abtreibung Tötung der Frucht erfordert hätten, und daß daher angesichts dieser Tatsachen verwunderlich gewesen wäre, falls das preuß. Strafgesetzbuch sich nicht darüber ausgelassen hätte, wenn es abweichend von diesen Gesetzen und auch von der preußischen Praxis[9]) den Tatbestand der Abtreibung habe regeln wollen. Es sei allerdings auffallend, daß § 181 nur vom Abtreiben der Frucht spreche, ohne sie als unreif, unzeitig oder nicht lebensfähig näher zu bezeichnen. Es ergebe sich aber aus den Materialien zum preuß. Strafgesetzbuch,[10]) daß mit dieser Abweichung keineswegs auch der Tatbestand abweichend vom bisherigen Recht habe geregelt werden sollen.

---

[9]) Goltdammers Arch. Bd. 5 S. 639.

[10]) Goltdammers Mat. z. preuß. StGB. Bd. 2 S. 387.

Was nun das geltende Recht anlange, so sei dem Entwurfe des deutschen Strafgesetzbuchs das preuß. Strafgesetzbuch zugrunde gelegt worden. Man habe nun die Worte des letzteren im wesentlichen beibehalten; es sei daher unerklärlich, falls man mit ihnen einen andern Sinn habe verbinden wollen als den, in dem die preußischen Bestimmungen bislang verstanden worden seien. Auf eine solche Änderungsabsicht deuteten aber weder die Motive noch die Reichstagsverhandlungen hin.

Man wird der herrschenden Meinung vor der v. Wächters den Vorzug geben müssen. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß weder der Stellung der Abtreibung im System des Strafrechts unter dem Titel „Verbrechen oder Vergehen wider das Leben" eine ausschlaggebende Rolle zufallen kann[11]) noch auch der Höhe der Strafe. Denn einmal findet sich in jenem Abschnitt auch, wie Wächter hervorhebt, das Verbrechen der Aussetzung, das ganz sicher nicht zu den Tötungs-, sondern zu den Gefährdungsdelikten gehört. Sodann aber ließe sich auch vom Standpunkte eines Gefährdungsdeliktes aus eine außergewöhnlich hohe Strafe u. E. vielleicht rechtfertigen. Immerhin aber müßte es sich doch wohl mindestens um eine die Frucht gefährdende Handlung handeln. Von einer solchen kann aber beispielsweise dann nicht die Rede sein, wenn es sich um Abtreibung einer Mole handelt. Denn an dieser ist selbst eine ihre Entwicklung nur gefährdende Handlung schlechterdings unmöglich, da die Entwicklung ja bereits zum Stillstand gekommen ist. Trotzdem müßte sie nach v. Wächter[12]) Gegenstand einer erfolgreichen Abtreibung sein können, da sie ja eine Leibesfrucht, wenn auch keine lebendige und noch weniger lebensfähig gewesene ist.[13])

Die Nebeneinanderstellung zweier, durch die gleiche Straf-

---

[11]) So auch Sontag in Krit. VSchr. Bd. 19 S. 31.

[12]) a. a. O. S. 8.

[13]) Meyer-Allfeld a. a. O. S. 388 und v. Liszt a. a. O. § 94 II, 1, wiewohl beide Anhänger der Lehre, daß die Abtreibung eine Gefährdungshandlung sei, heben daher auch ausdrücklich das Erfordernis der Lebendigkeit der Frucht hervor (im Sinne Wächters Wahlberg, Zeitschr. f. Privat- und öffentl. Recht Bd. 7 S. 125 f.

androhung vereinigter, solche Rechtsfolgen zulassender Tatbestände, wie sie die vorzeitige Fruchtausstoßung ohne Tötung und die Tötung der Frucht im Mutterleibe aber darstellen, erscheint, selbst wenn man mit v. Wächter verschiedene Stufen der Strafbarkeit annimmt, dem Rechtsgefühl[14]) unerträglich. Sprechen sonach schon rechtspolitische Gründe für die Ablehnung der gegnerischen Lehre, so kommen noch hinzu Gründe des Sprachgebrauchs und die Unbeweisbarkeit der Behauptung, der Gesetzgeber habe in §§ 218 ff. den Tatbestand des Delikts abweichend vom früheren Recht auf Bewirken einer Frühgeburt und Töten im Mutterleibe festsetzen wollen.

Fassen wir also im Sinne der herrschenden Lehre Abtreiben gleich Töten durch Abtreiben auf, so ergeben sich konsequenterweise neben dem Falle der Tötung im Mutterleibe noch zwei andere: die gewaltsame Ausstoßung einer toten Frucht, deren Vernichtung durch die Beibringung der Abortivmittel herbeigeführt ist, und das Absterben einer zwar lebend geborenen, aber infolge der angewendeten Mittel nach der Geburt gestorbenen Frucht. Denn in beiden Fällen ist das Beibringen der Abortivmittel kausal gewesen für den Tod der lebenden Frucht.

c) Der Versuch der Abtreibung.

α) Vorbemerkung.

Das Verbrechen der Abtreibung bietet häufig geradezu Schulfälle des sogen. untauglichen Versuchs, sowohl des mit untauglichen Mitteln als auch des am untauglichen Objekt begangenen. Die Strafbarkeit beider, insbesondere des letzteren, ist vielfach in Theorie und Praxis angenommen.[1]) Im Fragefalle würde man dazu besonders den Versuch der vermeintlich Schwangern, die Frucht abzutreiben, und die Abtreibung einer Mole zu rechnen haben.

---

[14]) s. auch Binding, Normen Bd. 2 S. 515.

[1]) Für diese Ansicht RGE. Bd. 1 S. 439, 451, Bd. 8 S. 189, 351, Bd. 27 S. 158; v. Buri in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. Bd. 1 S. 185 f.; dagegen Geyer in Zeitschr. f. d. ges. Strafr. Bd. 1 S. 30; Horn ebenda Bd. 20 S. 309 f.; Lucas a. a. O. S. 82 f.

Die gedachten Fälle hier einer genaueren Besprechung zu unterziehen, besteht trotz ihrer Häufigkeit keine Veranlassung. Ihre Erörterung hätte bei der Lehre vom Versuch überhaupt zu erfolgen und würde daher die unserer Besprechung gesteckten Grenzen überschreiten. Es mag genügen, uns als Gegner der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht zu bekennen.

Wir beabsichtigen vielmehr im wesentlichen, zu erörtern, ob der Versuch als solcher in allen Fällen der §§ 218—220 möglich und wann er als vorliegend anzusehen sei.

β) Der Versuch des § 218 StGB.

Die Konstruktion eines von der Schwangern selbst vorgenommenen Abtreibungsversuches stößt nach dem Sinne und Wortlaut des Gesetzes (§ 218 Abs. 1 in Verb. mit § 43 StGB.) auf keine Schwierigkeiten. Die Möglichkeit eines solchen Versuchs wird daher auch nirgends bestritten.

Anders verhält es sich mit dem seitens eines Dritten unternommenen Abtreibungsversuche. Hier stehen sich zwei Ansichten schroff gegenüber. Die eine, die vom Reichsgericht vertreten wird,[2]) lehnt in Übereinstimmung mit den Erkenntnissen des Obertribunals zu Berlin[3]) jede Möglichkeit eines Versuchs aus § 218 Abs. 3 ab. Sie erklärt unter Berufung auf die Motive,[4]) daß der § 219 nur zur Anwendung kommen solle, wenn die Abtreibung oder Tötung wirklich erreicht sei. Es sei dies keine Abänderung des in § 218 Abs. 3 erwähnten Tatbestandes, auch wenn der Dritte ohne Entgelt handele, könne er aus § 218 Abs. 3 nur gestraft werden, wenn der erstrebte Erfolg eingetreten sei. Andernfalls sei eine Bestrafung des Dritten nur insofern möglich, als sich seine Tat nach allgemeinen Grundsätzen als eine Art der Teilnahme an dem im § 218 Abs. 1 bedrohten Verbrechen der Schwangern selbst auffassen lasse.

---

[2]) RGE. Bd. 1 S. 350, Bd. 3 S. 163, Bd. 4 S. 302.

[3]) Goltdammers Arch. Bd. 20 S. 402, Bd. 22 S. 611, Bd. 26 S. 518.

[4]) S. 110 der amtlichen Mot. z. Entw. des StGB.: „Voraussetzung der Bestrafung ist auch in diesem Falle (d. i. § 219), daß die Abtreibung oder Tötung der Leibesfrucht erfolgt ist".

Konsequenterweise gelangt diese Lehre bei Verneinung dieser Prämissen dazu, Straflosigkeit des Dritten eintreten zu lassen.

Dieser Standpunkt des Reichsgerichts stößt in der Theorie auf lebhaften Widerspruch. Man ist hier in der prinzipiellen Zulassung der Versuchsmöglichkeit einig, man streitet nur darüber, auf welche Fälle man sie auszudehnen habe. So nimmt Binding (Lehrb. S. 38) Versuch an, wenn Frucht oder Kind am Leben geblieben sind, wenn also der Dritte die Abtreibungsmittel erfolglos angewendet oder beigebracht hat (beendeter Versuch).[5]) Andere wieder halten Versuch auch dann für vorliegend, wenn der Täter die Mittel nur anzuwenden oder beizubringen versucht hat (unbeendigter Versuch).[6])

γ) Der Versuch des § 219 StGB.

Auch im Falle des § 219 StGB. ist die Frage nach der Möglichkeit des Versuchs eine der zumeist bestrittenen der ganzen Abtreibungslehre. Die überwiegende Mehrheit der Meinungen in Theorie und Praxis spricht sich gegen sie aus, so daß Strafe für den Dritten nur dann eintreten soll, falls sich seine Tat als Beihilfe zu § 218 Abs. 1 charakterisieren läßt. Die Ansicht des Reichsgerichts und des Obertribunals haben wir oben bereits dargetan, so daß wir an dieser Stelle darauf verweisen können. In gleicher Weise wie vom Reichsgericht wird die Unmöglichkeit des Versuchs von Frank, Horch, Rüdorff und v. Schwarze begründet.[7]) Pfizer stützt seine Ansicht (a. a. O. S. 39) auf den Mangel des Kausalzusammenhanges zwischen der Tätigkeit des Dritten und dem bezweckten Erfolg, während Rubo (a. a. O. S. 759) die Annahme des Versuchs ablehnt, weil im Falle des § 219 nicht bloß Handlungen des Dritten, sondern auch Hand-

[5]) Ders. Ans. v. Liszt § 94, 5 III, 1; Horch S. 47; Rüdorff Note 1 zu § 218; Olshausen-Zweigert Note 9 zu § 218; v. Schwarze § 218 Note 1, 6 u. 11.

[6]) Hälschner, GS. Bd. 32 S. 603; Frank § 218 V; Meyer-Allfeld S. 389 Nr. 8.

[7]) Frank § 219 I, 2; Horch S. 49 u. 52; Rüdorff § 219 Nr. 3 u. 4 in Abweichung von einer früher vertretenen Ansicht; v. Schwarze S. 610 Nr. 6.

lungen der Schwangern in Frage kämen und deshalb die Möglichkeit strafbaren Versuchs überhaupt ausgeschlossen wäre.[8])

Einen von der erwähnten Lehre etwas abweichenden Standpunkt nimmt Thomsen (a. a. O. S. 337) ein.[9]) Auch er hält wie diese die Vollendung der Abtreibung für eine Vorbedingung nicht nur der Vollendungsstrafe, sondern auch der des Versuchs des Delikts des § 219. Er nimmt aber gleichwohl Versuch dann als vorliegend an, wenn die Schwangere ihre Frucht wirklich abgetrieben hat und gleichzeitig der Dritte versucht hat, ihr die Mittel hierzu beizubringen.

Gegenüber den Anhängern der Lehre von der Unmöglichkeit des Versuchs aus § 219 erklären deren Gegner die Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes und den dunkeln Ausdruck der Motive (s. oben Anm. 3 S. 46) für bedeutungslos. Der Tatbestand des § 219 setze wie der des § 218 Abs. 3 für seine Vollendung — außer der erfolgten Gewährung des Entgeltes — voraus, daß der Handlung des Dritten die Tötung der Frucht folge; daher die Perfektform „abgetrieben ... hat". Das rechtfertige aber nicht die Annahme, § 219 komme nicht in Frage, sobald die Abtreibung der Frucht durch die von dem Dritten verschafften oder beigebrachten Mittel nicht gelungen sei. Denn die Worte der Motive könnten auch so ausgelegt werden, daß ein vollendetes Delikt nur vorliege, wenn der beabsichtigte Erfolg erreicht sei.[10]) Während aber Hälschner, Binding und Olshausen-Zweigert (s. vorige Anm.) Versuch nur annehmen wollen, wenn mit den Mitteln ein Versuch der Abtreibung tatsächlich vorgenommen, aber erfolglos geblieben ist, das versuchte Verschaffen also nicht bestrafen, kennt Meyer-Allfeld (a. a. O.) diese Beschränkung nicht.

Der bei der Lehre vom Versuch der §§ 218 Abs. 3 u. 219 vom Reichsgericht vertretenen Ansicht können wir nicht bei-

---

[8]) s. dagegen Hälschner, GS. Bd. 32 S. 601 f.

[9]) s. auch v. Liszt § 94, 5 III, 1 in Verb. mit § 46 V.

[10]) Binding, Lehrb. S. 40; Hälschner, GS. S. 600; Olshausen-Zweigert § 218 Note 9; Meyer-Allfeld S. 389 Nr. 8.

pflichten. Es ist nicht zu verkennen, daß die Berufung auf die Motive nicht einwandfrei ist, da diese, wie erwähnt, einer andern Auslegung fähig sind. Sodann aber ist Radbruch (a. a. O. S. 177) beizustimmen, daß sich kein Grund denken lasse, der den Gesetzgeber veranlaßt haben könnte, das versuchte Verbrechen nur bei der Schwangern selbst, nicht aber auch dem Dritten gegenüber für strafbar zu erklären. Hat man es in § 218 Abs. 3 mit einem selbständigen Verbrechen zu tun — und das ist ja auch die Ansicht des Reichsgerichts —, so sollte man annehmen, daß hierbei auch der Versuch möglich wäre. Gibt man dies aber zu, so ist nicht einzusehen, weshalb der Versuch des gleichfalls ein selbständiges Delikt darstellenden § 219 nicht ebenfalls möglich sein sollte. Und man wird zu dieser Annahme um so mehr neigen müssen, da die Verneinung der Versuchsmöglichkeit im Falle des § 219 eine durch nichts zu rechtfertigende Begünstigung des entgeltlich abtreibenden Dritten gegenüber dem unentgeltlich Handelnden in sich bergen würde. Beide würden hinsichtlich der — wenigstens theoretisch vorhandenen — Möglichkeit der Annahme mildernder Umstände gleichgestellt sein. (Beim vollendeten Delikt des § 219 gibt es obendrein keine mildernden Umstände!) Daß außerdem sowohl im Falle des § 218 Abs. 3 als des § 219 bei Befolgung der Ansicht des Reichsgerichts eine doppelte Reduktion des Strafrahmens einzutreten hätte, ist eine fernere nicht zu rechtfertigende Folge jener Lehre. Sind wir sonach auch genötigt, die Möglichkeit eines Versuchs der §§ 218 Abs. 3 u. 219 anzuerkennen, so sehen wir uns aber anderseits nicht veranlaßt, im letzteren Falle die Möglichkeit des Versuchs auf das erfolglose Anwenden oder Beibringen zu beschränken oder gar das Verschaffen davon auszunehmen. Denn mag auch immerhin der „materielle Beihilfscharakter“ des Verschaffens, wie Radbruch (a. a. O.) sagt, erhalten geblieben sein, so ist doch jedenfalls „die formelle Umstemplung zur Täterschaft“ erfolgt, es muß also dieser Tatsache Rechnung getragen werden. Den Versuch aber auf das erfolglose Handeln (die Frucht kommt trotz Anwendung der gebrauchten Mittel lebend zur Welt) zu beschränken, scheint uns eine unbeabsichtigte Konzession an die Meinung derer zu sein, die eine

erfolgte Abtreibung nicht nur als Voraussetzung der Vollendung, sondern auch jeder Bestrafung aus § 219 ansehen.

δ) Der Versuch des § 220 StGB.

Die Möglichkeit eines Versuches des § 220 Abs. 1 wird von keiner Seite in Zweifel gezogen. Sein Vorliegen regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Anders liegt der Fall des Abs. 2 dieses Paragraphen. Hier nimmt Meyer-Allfeld (S. 389) an, daß der Versuch nicht möglich sei, weil der Abs. 2 a. a. O. vollendete Abtreibung voraussetze.[11]) Allein diese Annahme ist irrig. Der Abs. 2 setzt voraus, daß durch „die Handlung" der Tod der Schwangern eingetreten sein müsse. Handlung ist aber nicht gleichbedeutend mit Erfolg, d. h. vollendete Abtreibung. Es ist sehr wohl denkbar, daß die angewendeten Mittel, anstatt, wie bezweckt, die Tötung der Frucht zu bewirken, nur einen lebenzerstörenden Einfluß auf den Organismus der Schwangern ausüben, während die Frucht mit dem Leben davonkommt. Wir halten in diesem Falle den Versuch eines durch eine Folge qualifizierten Delikts für vorliegend.[12])

d) Das Moment der Einwilligung der Schwangern.

Eine Abtreibung, die „mit Einwilligung der Schwangern" geschieht, wird nach § 218 Abs. 3 bestraft wie die der Schwangern selbst, d. h. mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, unter Annahme mildernder Umstände mit Gefängnis im Mindestmaße von sechs Monaten. Die unter gleicher Voraussetzung gegen Entgelt begangene Handlung des Dritten wird nach § 219 mit Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren geahndet. Wird die Abtreibung aber „ohne Wissen oder Willen" der Schwangern ausgeführt, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zwei Jahren und

---

[11]) Ders. Ans. Pfizer a. a. O. S. 45; Oppenhoff-Delius § 220 Note 5. Thomsen S. 338 u. 79 dürfte im vorliegenden Falle Vollendung annehmen.

[12]) Hälschner, Strafr. Bd. 2 S. 74 ff.; Horch S. 54; v. Schwarze § 220 Nr. 2; Olshausen § 220 Nr. 5; Frank §§ 220 II, 43 VI, 3; v. Liszt § 94, 5 III, 3; vgl. hierzu auch Binding, Normen Bd. 2 S. 517.

im Qualifikationsfalle nicht unter zehn Jahren bezw. auf Lebenszeit ein (§ 220). Es ist daher von Wichtigkeit, die beiden Begriffe „mit Einwilligung der Schwangern“ und „ohne deren Wissen oder Willen“ richtig gegeneinander abzugrenzen. Unter „Einwilligung“ zunächst ist jedes ausdrückliche oder stillschweigende Einverständnis der Schwangern mit der Abtreibung zu verstehen.[1]) Den Gegensatz zu dieser Einwilligung bildet das Handeln „ohne Wissen oder Willen“.

Daß der Handelnde Kenntnis von dem Einverständnis habe, ist nicht nötig.[2]) Erforderlich ist ferner, daß die Schwangere bei Erteilung ihrer Einwilligung zurechnungsfähig gewesen sei,[3]) weil bei einer geisteskranken Schwangern von Einwilligung im Sinne der in Rede stehenden Bestimmung nicht gesprochen werden kann. Es genügt jedoch, daß die Schwangere in gedachtem Sinne willensfähig sei; ein Mehr, insbesondere daß sie sich strafrechtlich verantwortlich gemacht haben müsse, ist nicht zu verlangen.[4]) Dagegen dürfte es nicht genügen, zur Anwendbarkeit der §§ 218 Abs. 3 u. 219 lediglich das Bewußtsein[5]) der Schwangern von der Abtreibungstätigkeit des Dritten für ausreichend zu erklären, denn dann würde auch die zwangsweise vorgenommene Abtreibung hierher gehören.[6])

Aus dem Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit folgt, daß der Täter sich jedenfalls dann nicht auf Einwilligung berufen kann, wenn er den Mangel der Zurechnungsfähigkeit gekannt hatte;[7]) denn dann hat er gewußt, daß er es nicht mit einer rechtserheblichen „Einwilligung“, sondern nur mit unkontrollier-

---

[1]) So Binding, Lehrb. S. 39; Olshausen-Zweigert § 218 Note 7; Rubo S. 757 Nr. 7; Rüdorff-Stenglein § 218 Note 2.

[2]) So Olshausen und Rubo a. a. O.

[3]) Olshausen a. a. O.; Meyer-Allfeld S. 387; Frank § 218 IV, 2; v. Liszt § 94, 5 III, 1; RGE. Bd. 16 S. 184; and. Ans. Hälschner, GS. Bd. 32 S. 595 und OTr. in Goltdammers Arch. Bd. 1 S. 242.

[4]) Zustimmend Meyer-Allfeld u. RG. a. a. O.

[5]) Dies nimmt Rüdorff-Stenglein Note 1 zu § 220 an.

[6]) Rüdorff-Stenglein selbst a. a. O. Note 2 bezeichnet diese als Fall des § 220.

[7]) So Binding, Lehrb. S. 40; Frank § 218 IV, 2; v. Liszt a. a. O.; wohl auch Olshausen-Zweigert a. a. O.

baren Ausflüssen krankhaft beeinflußter Gehirntätigkeit zu tun hatte.

Zweifelhaft ist die Entscheidung, wenn der Dritte irrtümlich die Einwilligung voraussetzt. Liegt hier ein Fall des § 220 vor oder nicht? U. E. ist die Frage mit Binding[8]) bejahend zu beantworten; denn das Bewußtsein, ohne Wissen oder Willen der Schwangern zu handeln, gehört hier ebensowenig zum Dolus wie in § 218 Abs. 3 das Bewußtsein, im Einverständnis mit der Schwangern zu handeln.

Nach Rubo[9]) sollen nun die Worte „ohne Wissen oder Willen" drei Fälle in sich begreifen: mit Wissen — aber ohne Willen, ohne Wissen — aber mit Willen und endlich ohne Wissen — und ohne Willen. Den zu zweit genannten Fall unter die Bestimmungen des § 220 einzureihen, halten wir für verfehlt. Er kann sich in der Praxis nur so ereignen, daß beispielsweise die in die Abtreibung willigende Schwangere vor der Operation bewußtlos wird oder schläft usw. Dann liegt aber u. E. die Einwilligung klar zutage, und mehr wird nicht verlangt, um §§ 218 Abs. 3 oder 219 für anwendbar erklären zu können.

e) Die Entgeltlichkeit der Handlung.

Die entgeltliche Vornahme der Abtreibungshandlung ist Qualifikationsgrund gegenüber dem einfachen Delikt des § 218 Abs. 3. Unter Berufung auf die Motive (S. 110) erklärt die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller Entgelt für gleichbedeutend mit Gewährung irgendeines Vermögensvorteils.[1]) Dagegen wollen Olshausen und Rubo[2]) jeden materiellen

[8]) Binding a. a. O. S. 40; Binding, Normen Bd. 2 S. 517; Hälschner, Strafr. Bd. 2 S. 74 Anm. 2; v. Liszt § 94, 5 III, 1; and. Ans. Frank § 220 Note 1; wohl auch Horch S. 53; Olshausen-Zweigert Note 7 zu § 218; Rüdorff-Stenglein § 220 Note 3; RGE. Bd. 16 S. 184.

[9]) a. a. O. S. 760; ebenso Frank § 220 I.

[1]) So Binding, Lehrb. S. 40; Frank § 219 I, 1; Horch S. 52; v. Liszt § 94, 5 III, 2; Meyer-Allfeld S. 387 Anm. 13; Rüdorff-Stenglein § 219 Note 2; Thomsen S. 337.

[2]) Olshausen-Zweigert § 219 Note 1; Rubo S. 759.

Vorteil oder Nutzen hierunter verstehen. Sie stützen ihre Ansicht auf den allgemeinen Sprachgebrauch. Es müßte daher konsequenterweise nach ihrer Ansicht auch z. B. der Fall hierher gehören, in dem zwei Schwangere sich gegenseitig ihre Hilfe bei einer beabsichtigten Abtreibung zusichern, und die Abtreibung auch demnächst in der Hoffnung auf diese Hilfeleistung ausgeführt wird. Denn der Sprachgebrauch würde hier nicht entgegenstehen. Ein materieller Nutzen, nämlich die Ersparung der oft recht beträchtlichen Kosten für den gewissenlosen Abtreiber, wäre auch vorhanden. Wohl aber würde hier der Sinn des Gesetzes zu einer andern Auslegung zwingen. Es will offenbar die Betätigung einer gewinnsüchtigen Absicht bekämpfen; mit dieser Absicht ist aber u. E. die extensive gegnerische Interpretation nicht vereinbar.

Daß das Entgelt vorher versprochen sei, ist unerheblich.[3]) Eine Tätigkeit „gegen“ Entgelt dürfte aber dann nicht vorliegen, wenn das Entgelt erst nachträglich gewährt wird, ohne daß es vorher versprochen oder erwartet gewesen wäre.[4])

6. Das Verhältnis der Abtreibung zu den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten. Die Möglichkeit des Betruges oder Betrugsversuchs Dritter im Falle des § 219 StGB.

a) Wir haben gesehen, daß als Abtreibung nur die vorsätzlich rechtswidrige Tötung einer Leibesfrucht zu bestrafen ist. Daraus folgt einmal, daß wenn der Täter nur die Bewirkung einer lebenden Frühgeburt durch sein Handeln bezweckte, von einer Abtreibung selbst dann nicht die Rede sein kann, wenn wider Erwarten die Frühgeburt tot zur Welt kam. Denn Bestrafung kulposer Abtreibung kennt unser Strafgesetzbuch nicht.

Sodann folgt daraus aber ferner — und dies interessiert hier allein —, daß von einer strafbaren Abtreibung auch dann

---

[3]) Rüdorff-Stenglein a. a. O.; Olshausen-Zweigert a. a. O.

[4]) Olshausen-Zweigert a. a. O.

nicht gesprochen werden kann, wenn sie lediglich als Folge eines dolosen oder kulposen Handelns, welches seine Spitze gegen die Schwangere allein richtet, erscheint. Denn Abtreibung hat doloses Handeln gegen die Frucht zur Voraussetzung. Es ist aber selbstverständlich, daß sich der Vorsatz des Täters auch auf die Schwangere mit erstrecken kann. Er ist in diesem Falle als Tötungs- und als Verletzungsvorsatz denkbar. Entsprechend sind dann Verbrechenskonkurrenzen der Abtreibung mit den Delikten gegen das Leben nach §§ 211 u. 212 oder mit den vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten möglich. Diese Konkurrenzen sind als ideale anzusehen,[1]) denn durch eine und dieselbe Handlung werden mehrere Gesetzesbestimmungen verletzt.

Gewöhnlich wird nun der Fall so liegen, daß — unter Voraussetzung des Tatbestandes der §§ 218 Abs. 3 und 219 — die Schwangere zwar in die Abtreibung, aber nicht auch in ihre eigene Tötung einwilligt. Es liegt dann, wie erwähnt, Idealkonkurrenz zwischen Abtreibung einerseits und Mord oder Totschlag anderseits vor.

Es ist aber auch denkbar, daß der Wille der Schwangern ausdrücklich auf ihre eigene Tötung mit gerichtet war; dann liegt Idealkonkurrenz mit § 216 StGB. vor.[2]) Vermöge des dabei geltenden Absorptionsprinzips kommt jedoch nicht die mildere Strafart des § 216, sondern die der Abtreibung nach §§ 218 Abs. 3 und 219 in Anwendung.

Ist der Wille der Schwangern unter Voraussetzung der §§ 218 u. 219 auch auf ihre eigene Körperverletzung gerichtet gewesen — was praktisch wohl kaum vorkommen dürfte —, so wäre diese wegen Einwilligung der Verletzten straflos.

Die oben entwickelten Grundsätze finden auf den § 220 entsprechende Anwendung. Auch hier kann Idealkonkurrenz zwischen vorsätzlicher Abtreibung und Tötung bezw. Körperverletzung eintreten. Es ist aber selbstverständlich zu berücksichtigen, daß hier keine Einwilligung der Schwangern bezüglich der Ab-

---

[1]) Binding a. a. O. S. 40; Horch S. 42, 49 u. 50; and. Ans. v. Schwarze § 218 Note 10.

[2]) Daher ungenau, weil zu allgemein Horch S. 42.

treibung vorliegt, wohl aber in betreff der Tötung oder Körperverletzung vorliegen kann. Jedoch hat dies nur bezüglich der Körperverletzung strafaufhebende Folgen, da bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 220 — dolose Fruchtabtreibung ohne Einwilligung — die härtere Bestrafung wegen Todes der Schwangern kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf etwaige Einwilligung der Schwangern erfolgt.

Fahrlässige Tötung und Körperverletzung der Schwangern können ebenfalls mit Abtreibung ideell konkurrieren.[3]) Bezüglich des § 220 ist dieser Umstand nur hinsichtlich der fahrlässigen Tötung, nicht aber auch bezüglich der fahrlässigen Körperverletzung gegenstandslos. Denn selbst das größte Maß von Sorgfalt, das der ohne Einwilligung abtreibende Dritte aufwendet, Leben und Gesundheit der Schwangern zu schonen, kann ihn nicht vor der strengen Strafe des § 220 Abs. 2 schützen, um so weniger also ein fahrlässiges Handeln.

b) Sehr häufig kommt der Fall vor, daß gegen Entgelt Dritte der Schwangern Mittel verschaffen, von denen sie wissen, daß sie zur Abtreibung untauglich sind, während gleichwohl die Schwangere durch Vorspieglungen über den Effekt der Mittel zum Kauf veranlaßt wird. Das Reichsgericht[4]) erörtert die Frage, inwiefern ein solches Handeln sich als Betrug darstellen könne. Nachdem es früher in solchen Fällen Verurteilung ausgesprochen hatte,[5]) hat es in dem ersterwähnten Urteile diese Rechtsanschauung unter Berufung auf seine ergangenen Entscheidungen (Bd. 19 S. 130, Bd. 21 S. 161 u. Bd. 24 S. 411) u. E. mit Recht verlassen.

Es geht davon aus, daß der Tatbestand des Betruges einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen anderer voraussetze. Dies treffe da nicht zu, wo der Getäuschte zu der tat-

---

[3]) Binding a. a. O.; Olshausen-Zweigert § 218 Note 1 und die daselbst zitierte RGE.; v. Schwarze § 220 Note 2; Pfizer a. a. O. S. 46 und v. Schwarze § 218 Note 10 wollen im Falle fahrlässiger Tötung der in die Abtreibung willigenden Schwangern nur einen straferhöhenden Umstand sehen. Dagegen mit ausführlicher Begründung Horch S. 49.

[4]) RGE. Bd. 36 S. 342/43.

[5]) RGE. Bd. 15 S. 315.

sächlich sein Vermögen mindernden Aufwendung durch Vorspieglung einer Gegenleistung bestimmt sei, die eine unsittliche oder unerlaubte Handlung involviere. Solchen Verträgen versage der Staat seine Anerkennung und seinen Rechtsschutz. Derjenige, der sich solche rechtlich ungeschützte Gegenleistung versprechen lasse, müsse als einer behandelt werden, „der sein Vermögen im Bewußtsein mindert, daß eine Gegenleistung im Rechtssinne unmöglich war, also ohne jede Rücksicht auf Gegenleistung".

Unter Anwendung dieser Grundsätze kommt das Reichsgericht dazu, in concreto weder Betrug noch Betrugsversuch seitens dessen als gegeben anzusehen, „der seinem und des Gegenteils Willen entsprechend eine unerlaubte und im gekennzeichneten Sinne unmögliche Leistung verspricht, um den andern zu seinerseitiger Leistung zu bestimmen".

Getreu der entwickelten Ansicht spricht das Reichsgericht allen den Verträgen Rechtsschutzberechtigung zu, die auf die Verschaffung von Mitteln zu andern als Abtreibungszwecken gegen Entgelt gerichtet sind, z. B. auf Verschaffen von Mitteln zur Herstellung der Menstruation. Veranlaßt jemand durch Täuschung über den Nutzeffekt solcher Mittel einen andern zu ihrem Kaufe, so liegt nach Ansicht des Reichsgerichts strafbarer Betrug vor.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.